This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 059 452 821

HD

Digitized by Google

Bd. July 1904

HARVARD LAW LIBRARY

Received Sept. 1, 1899

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Ueber das

Requisit der Vitalität

für den

Beginn der Persönlichkeit.

Inaugural-Dissertation

der

hohen staatswissenschaftlichen Facultät

der

UNIVERSITÄT ZÜRICH

vorgelegt

von

JOOS BÄTSCHI

von Filisur.

Zürich
Druck von Zürcher & Furrer
1887

Digitized by Google

For TX
B1425

Rec. Sept. 1, 1899.

Digitized by Google

Meinem hochverehrten Lehrer

Herrn Professor Dr. **Schneider**

in Dankbarkeit gewidmet

Vom Verfasser.

Digitized by Google

Digitized by Google

Einleitung.

§ 1.

Stellung und Bedeutung der Vitalitätsfrage.

Die Frage der Vitalität, deren Lösung ich im Folgenden versuchen werde, lässt sich kurz etwa so stellen:

Ist es nöthig, dass für den Beginn der Persönlichkeit im juristischen Sinne, d. h. zur Entstehung der Rechtsfähigkeit, nebst den übrigen unbestrittenen Requisiten, auch das bestrittene der Lebensfähigkeit gefordert werde, und wie verhält es sich damit im gemeinen Rechte und in den neueren Gesetzgebungen?

Die Ansichten der Rechtsgelehrten bezüglich dieser Streitfrage waren zu verschiedenen Zeiten verschieden, und eine eingehende Erörterung derselben erscheint um so gerechtfertigter, als eine erhebliche praktische Bedeutung ihr nicht abgesprochen werden kann. Handelt es sich bei der Entscheidung ja doch um nichts Geringeres als darum, ob ein neugeborenes Kind, das zwar einige Zeit nach der Geburt gelebt hat, aber nicht lebensfähig war, rechtsfähig sein solle oder ob es rechtlich gar nicht in Betracht komme und gleich einem Todtgeborenen anzusehen sei.

Die Rechtsfähigkeit nicht vitaler Neugeborener hat aber sowohl zivilrechtlich als kriminalrechtlich sehr weitgehende praktische Konsequenzen; denn wird sie zugestanden, so kann das Kind während der kurzen Zeit seines Lebens Erbe, z. B. seines verstorbenen Vaters, oder Legatar sein, es kann das Testament seines Vaters, in welchem es übergangen worden,

Digitized by Google

rumpiren und alle diese Rechte durch seinen Tod auf seine Erben übertragen, was namentlich für die überlebende Mutter von grosser Bedeutung sein wird. Ein kurzes Beispiel genügt, um dies zu zeigen:

Eine beim Tode ihres Mannes schwangere Wittwe gebiert ein Kind, welches gleich nach seiner Geburt verstirbt. Ist dieses Kind nun, obzwar nicht lebensfähig, doch rechtsfähig (d. h. ist Vitalität nicht ein zur Persönlichkeit nothwendiges Erforderniss), so beerbt es seinen Vater und die Mutter-Wittwe wird nun Erbin ihres Kindes werden. Ist das Kind aber, weil gleich nach der Geburt verstorben, nie rechtsfähig gewesen, so hat sein Erzeuger keinen Leibeserben hinterlassen und seine Erbschaft wird nach ganz anderen Grundsätzen vertheilt werden: namentlich wird die Mutter in diesem Falle beträchtlich weniger erhalten, als wenn sie Erbin ihres Kindes geworden wäre.

Stellen wir uns aber auf den Boden des Strafrechtes. Angenommen, dieses Kind sei (vor dem Eintritt des zwar sichern natürlichen Todes) von Menschen auf gewaltsame Weise umgebracht worden, so müssen diejenigen, welche Lebensfähigkeit als zur Persönlichkeit nothwendig erachten, wenn sie konsequent sein wollen, erklären, dass hier ein Verbrechen nicht begangen sei und an diesem absolut untauglichen Objekte nicht begangen werden konnte, und nur, wer die Vitalität als zur Rechtsfähigkeit nicht erforderlich fallen lässt, kann diesem Kinde nebst anderen Rechten auch das Recht auf sein kurzes Leben einräumen und diejenigen bestrafen, die dasselbe vor der Zeit vernichten. Um der Frage, ob nicht auch die Mutter, welche ein noch nicht völlig geborenes Kind tödtet oder eine Leibesfrucht abtreibt, delinquire, zu begegnen, füge ich bei, dass es sich hier in Hinsicht auf die Persönlichkeit nur um ein vollständig von der Mutter getrenntes Kind handelt und handeln kann und dass die eben genannten Fälle von einem ganz anderen Gesichtspunkt aus

Digitized by Google

zu beurtheilen sind. Das noch nicht völlig geborene Kind ist im Rechtssinne noch keine Persönlichkeit, noch kein Mensch, wohl aber Keim und Hoffnung eines solchen. Diesen Keim zu vernichten ist strafbar. Wird jedoch zur Rechtsfähigkeit Vitalität erfordert, so liegt kein Grund vor, das ganz von der Mutter getrennte Kind, dessen Lebensunfähigkeit sicher ist, strafrechtlich zu schützen; denn dieses Kind ist dann noch nicht eine Person und auch nicht mehr ein Keim eines Menschen, da sein Untergang sicher ist und auch sein Vorhandensein zu keiner Hoffnung berechtigt.

Trotz dieser bedeutenden Tragweite der Vitalitätsfrage sowohl auf dem Gebiete des Zivilrechtes als auf dem des Strafrechtes sagt Bekker in seinem neuen Lehrbuche der Pandekten (System des heut. Pand.-Rechts 1886) in § 45 S. 157 betreff der Lebensfähigkeit: „Die Frage ist nicht erheblich praktisch." Diesem Ausspruch gegenüber erlaube ich mir, auf die nicht unbedeutende einschlägige Speziallitteratur hinzuweisen und besonders aufmerksam zu machen auf die ausführlichen Abhandlungen eines Savigny (in seinem System des heut. röm. Rechts, Bd. 2, Beilage III) und eines C. G. v. Wächter (De partu vivo non vitali, Leipziger Programme 1863—1866, I—V, in deutschem Auszug von Fitting im Archiv für zivil. Praxis Bd. 50 No. 1), in denen sie diese „gravis quæstio", wie letzterer sagt, erörtern, sowie auf die grösstentheils nicht blos knappen Ausführungen der meisten neueren Pandektenlehrbücher.

---

§ 2.

Geschichtlicher Ueberblick. Litteratur.

Ehe ich auf die nähere Untersuchung der Nothwendigkeit oder Verwerflichkeit der Vitalität als Bedingung zur Rechtsfähigkeit eingehe, sei es mir gestattet, einige geschichtliche

Digitized by Google

Bemerkungen vorauszuschicken und die bedeutendsten litterarischen Erscheinungen auf diesem Gebiete anzuführen.

Savigny sagt in seiner bereits genannten Abhandlung (S. 400), dass die Lehre von der Lebensfähigkeit schon den Römern geläufig gewesen sei, dass sie dieselbe aber nur auf das jus liberorum angewendet haben und zwar nur bei Veranlassung der darin zugesagten Belohnungen. Ich zweifle daran, dass diese Lehre in ihrer heutigen Gestalt und Bedeutung den Römern bekannt gewesen ist und glaube, sie hätten uns in diesem Falle rein sachliche und unzweideutigere Aussprüche und Entscheidungen darüber hinterlassen, als wir sie aus den Quellen, mindestens bis auf den justinianischen Codex herab, entnehmen können.

In Deutschland scheint in älterer Zeit die Vitalität nothwendiges Erforderniss der Rechtsfähigkeit gewesen zu sein, wie Stobbe in seinem Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 1, § 37 wenigstens vom sächsischen und westgothischen Rechte behauptet. Carpzov tritt in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts in seiner Jurisprudentia forensis III c. 17, def. 19 gegen dieses Requisit auf.

Als neben den widersprechenden und unsicheren deutschen Quellen die nicht genauern römischen Bestimmungen gesetzliche Kraft erlangt hatten, wäre Gelegenheit geboten gewesen, die Frage näher zu untersuchen; aber das Rechtsleben war bis gegen den Anfang unseres Jahrhunderts zu wenig rege, und man begnügte sich, mit Ausnahme des eben genannten Leipzigerprofessors Carpzov, damit, der einmal angenommenen Ansicht ohne nähere Prüfung treu zu bleiben. So war denn seine Anregung nicht im Stande, eine eingehende wissenschaftliche Erörterung ins Dasein zu rufen. Caranza (de partu naturali et legitimo, cap. 9), und Oeltze (de partu vivo non vitali, 1769), sowie Haller (Vorlesungen über gerichtl. Arzneiwissensch. 1782, Bd. 1, 9) und Hofacker, sie alle traten der herrschenden Meinung von der Nothwendigkeit der Vitalität

Digitized by Google

in ihren Untersuchungen bei. Freilich sind die Gründe, welche sie für ihre Ansicht anführen, wie Savigny sagt und Wächter bestätigt, „ungemein schwach".

Da trat, nachdem auch Glück in seiner Erläuterung der Pandekten, Bd. 2, § 114, 115 und 116 und Bd. 28, § 1287 e, sowohl die damals allgemeine Ansicht vertheidigt, als auch die Begriffsverwirrungen und Unklarheiten, welche diese Lehre beherrschen, beibehalten hatte, zuerst Seuffert (Erörterungen einzelner Lehren des röm. Privatrechts, 1820, Bd. 1, S. 50—52) auf und zeigte, dass die Vitalität mit der Präsumtion der Vaterschaft nichts zu thun habe und dass die bis dahin angeführten Gründe nicht genügen, die Lebensfähigkeit als Erforderniss der Persönlichkeit hinzustellen, weil sie sich zumeist und hauptsächlich auf obige Vermuthung bezögen und unrichtigerweise zur Begründung der Vitalitätslehre angewendet worden wären.

Dieser Ansicht Seuffert's folgten sodann entschieden die meisten damaligen Rechtslehrer, wie z. B. Dähne, Thibaut, Wening-Ingenheim, Fritz, Mühlenbruch, Vangerow u. A. Ihr Hauptverfechter aber ist 1840 der grosse Savigny geworden. Seine scharfsinnige Abhandlung: Die Vitalität eines Kindes als Bedingung seiner Rechtsfähigkeit, war von so durchschlagendem Erfolge, dass sich nun alle Juristen, einzig Puchta ausgenommen, auf seine Seite stellten und das alte Erforderniss der Lebensfähigkeit über den Haufen warfen. Die Gründe, welche Savigny gegen die frühere Meinung und für seine neuen Behauptungen in's Feld führte, schienen seinen Zeitgenossen so unumstösslich und so überzeugend zu sein, dass Dollmann (Die Vitalität ist keine Bedingung der Rechtsfähigkeit, siehe Blätter für Rechtsanwälte, zunächst in Bayern, 1842, VII S. 218, 219) sagt: „Auf eine völlig überzeugende Weise hat nunmehr auch v. Savigny die Unhaltbarkeit jener ältern Theorie dargethan; sie dürfte schwerlich noch einen Vertheidiger finden",

Digitized by Google

und Förster (Theorie I, 19) schreibt: „Die frühere Streitfrage über das Erforderniss der Vitalität existirt jetzt nicht mehr".

Aber schon während diese zuletzt zitirten Worte geschrieben wurden (1865), strafte ein allseitig anerkannter, grosser Rechtsgelehrter dieselben Lügen. Es war dies kein Geringerer als C. G. v. Wächter, welcher von 1863—1866 fünf Programme der Universität zu Leipzig herausgab und darin unter dem Titel: de partu vivo non vitali die bereits vergessene Streitfrage über das Erforderniss der Lebensfähigkeit behandelte. Wächter tritt wieder der ältern Meinung bei, stellt die Vitalität als nothwendiges Requisit der Rechtsfähigkeit neuerdings auf, allerdings mit der strengen Unterscheidung einer „eigentlichen und uneigentlichen Vitalität" („vitalitas propria et impropria"), welche er mit bewunderungswürdigem Scharfsinne durchführt.

Wächters Abhandlung kämpft namentlich gegen Savigny an, vertheidigt gegen ihn die ältere Theorie, aber mit fast völlig neuen Beweisgründen. Heute stehen die Mehrzahl der Rechtslehrer und darunter die gewichtigsten Autoritäten auf Seiten Wächters, und erst in ganz jüngster Zeit scheint sich wieder eine Gegenströmung einzustellen.

So ist der Wächter'schen Ansicht gegenüber getreten Sarrazin in seiner Inauguraldissertation: De partu vivo non vitali (Halle-Wittenberg) Berlin 1870.

Auf die neuern Lehrbücher des Pandektenrechtes werde ich weiter unten ausführlich zu sprechen kommen. Ebenso werden die neuern Darstellungen des deutschen Privatrechtes besser in einem andern Zusammenhange zu betrachten sein und ich erwähne an dieser Stelle blos, dass Stobbe a. a. O. sagt: „Neuere Partikularrechte stellen regelmässig das Erforderniss der Vitalität nicht auf". Aber dennoch tritt er für dasselbe ein. Im Uebrigen mag als geschichtlich nicht ganz unbedeutend bemerkt werden, dass manche Schriftsteller sich nicht klar und bestimmt genug ausdrücken. So schreibt Wächter über Renaud § 54, und über Gengler § 12: „ambigue et parum accurate

Digitized by Google

quid sentiant, dicunt", welcher Ausspruch auch auf noch jüngere angewendet werden darf.

Den neuesten Gesetzgebungen wird ein besonderer Paragraph gewidmet werden und so bleibt mir hier nur noch übrig, einen kurzen Blick auf das Kriminalrecht zu werfen. In diesem war die Frage der Lebensfähigkeit eben so streitig wie im Zivilrecht. Die Einen forderten Vitalität als wesentliche Bedingung der Rechtsfähigkeit (Feuerbach, Mittermaier); die Anderen nahmen auf sie gar keine Rücksicht (Martin, Henke, Jarke, Spangenberg) und Dritte endlich liessen bei mangelnder Lebensfähigkeit eine mildere als die ordentliche Strafe eintreten. So Carpzov.

Heute sind, soweit mir bekannt, die meisten Kriminalisten darüber einig, dass Lebensfähigkeit nicht zu fordern sei; wenigstens stellen Binding, Berner, Lizt u. A. diese Ansicht auf.

---

§ 3.

Begränzung der Aufgabe.

Ich habe bis jetzt die Ausdrücke Vitalität und Lebensfähigkeit gebraucht, ohne zu definiren, was darunter verstanden wird.

Weil ich zu handeln habe von der Nothwendigkeit oder Nichtnothwendigkeit der Vitalität zur Entstehung der Rechtsfähigkeit, zum Beginn der Persönlichkeit, so beschränkt sich zunächst der Vitalitätsbegriff, wenn er nicht ganz allgemein angewendet wird, nur auf neugeborene Kinder; denn wer einmal rechtsfähig ist, bleibt rechtsfähig, auch wenn er nicht mehr lebensfähig ist.

Vitalität, Lebensfähigkeit, ist das Vermögen, selbstständig fortzuleben. Selbstständig will hier sagen, vom Mutterleibe vollständig getrennt, also von der Mutter unabhängig.

Digitized by Google

Damit stimmt die Umschreibung überein, welche Wächter in seiner Abhandlung giebt und die wörtlich lautet: „Partus vivus, cui conditiones ad continuationem vitae necessariae desunt, non-vitalis, lebensunfähig, sensu latiore nominari potest“; nur dass Wächter mit diesem sensu latiore schon auf die von ihm eingeführte Unterscheidung zum Voraus hinweist. — Dasselbe sagt die Definition Liman's in Casper's Handbuch der gerichtl. Medizin, 7. Aufl., Bd. 2, § 4: „Lebensfähig im ärztlichen Sinne ist ein Neugeborenes, wenn es nach seinem Alter und nach der Bildung seiner Organe die Möglichkeit hat, fortzuleben, d. h. die durchschnittliche Lebensdauer des Menschen zu erreichen.“ „Ein kurzes Leben von einigen Minuten oder Stunden ist hier absichtlich ausgeschlossen“, fügt Liman mit Recht bei; denn wenn vorauszusehen ist, dass ein Kind, welches eben geboren worden, in kürzester Frist versterben wird, wird Niemand dasselbe lebensfähig nennen wollen.

Aber so ganz einfach, wie sie scheint, ist die Sache denn doch nicht. Die Beurtheilung der Lebensfähigkeit kommt natürlich dem Arzte als Sachverständigem zu; dieser wird sich jedoch sehr oft in den Fall gesetzt finden, dass er kein entschiedenes und bestimmtes Urtheil wird abgeben können, da die Sache ihre grossen Schwierigkeiten hat. Auch ist es schon vorgekommen, dass das ärztliche Gutachten, welches auf Lebensfähigkeit oder Lebensunfähigkeit lautete, durch die Thatsache des baldigen Eintrittes des Todes oder durch längeres Fortleben widerlegt wurde. Und was ist endlich anzunehmen, wenn ein Neugeborenes nur einige Tage lebte? War es lebensfähig, wenn man auch vorausgesehen, dass der Tod in nicht gar langer Zeit eintreten müsse? — Diese Fragen sind selbstverständlich nur dann von Wichtigkeit, wenn Vitalität als Erforderniss der Rechtsfähigkeit aufgestellt wird. Wie sich die Wissenschaft mit ihnen abgefunden hat, wird sich im Laufe der Untersuchung noch ergeben.

Digitized by Google

Wächter unterscheidet eine eigentliche und eine uneigentliche Lebensfähigkeit, bez. Lebensunfähigkeit, je nach dem sie ihren Grund in ungenügender Reife (Alter) der Frucht oder in Fehlern ihrer Organe hat. Liman hat schon in die oben gegebene Definition beide Gründe aufgenommen, jedoch als solche und nicht als Unterscheidungsmerkmale verschiedener Arten der Lebensunfähigkeit. Wächter argumentirt wie folgt:

Der hauptsächlichste Grund der Lebensunfähigkeit ist der, dass der Embryo im Mutterleib nicht denjenigen Grad der Reife und Vollkommenheit erlangt hat, welchen ein Kind haben muss, um ausser dem Mutterleibe selbstständig fortleben zu können. Eine solche Frucht ist unreif und lebensunfähig; denn ihr mangelt das Vermögen, selbstständig und von der Mutter unabhängig das Leben fortzusetzen. Ist ein Kind aber so lange im Mutterleibe gewesen, dass es die zum selbstständigen Fortleben nöthige Reife erlangt hat, so ist es reif, lebensfähig im eigentlichen Sinne. Die zur Erlangung der vollen Reife nöthige Zeit ist neun, höchstens zehn Monate. Eine Frucht, die nicht volle neun Monate im Uterus war, aber dennoch lange genug, um von der Mutter getrennt, selbstständig fortleben zu können, ist frühreif und ihre Geburt eine Frühgeburt, frühreife Geburt.

Die uneigentliche Lebensunfähigkeit, die ihren Grund darin hat, dass zum Fortleben ausser dem Mutterleibe nothwendige Organe fehlen oder bis zur völligen Untauglichkeit verkümmert sind, ist von der eigentlichen scharf zu scheiden.

Wir haben also nach Wächter auseinanderzuhalten:

1. Vollkommene, reife Kinder (partus maturus, perfectus, vitalis). Diese sind lebensfähig im eigentlichen Sinne.

2. Frühzeitige, frühreife Kinder (partus praematurus, praecox, intempestivus); auch sie sind lebensfähig im eigentlichen Sinne.

3. Unvollkommene, unreife Kinder (partus immaturus, imperfectus). Diese sind gar nicht lebensfähig.

Digitized by Google

4. Kinder, denen zum Fortleben nothwendige Organe fehlen oder bei denen solche nur verkümmert vorhanden sind. Solche Kinder sind lebensunfähig im uneigentlichen Sinne.

Den unter 3. genannten, im eigentlichen Sinne nicht lebensfähigen Kindern spricht nun Wächter auch die Rechtsfähigkeit entschieden ab, und viele sind sowohl seiner Eintheilung als seiner Begründung gefolgt. Indem ich nun die unter 1. und 2. aufgeführten unstreitigen Fälle lebensfähiger Kinder ausscheide, komme ich zur näheren Begränzung meiner Aufgabe. Es bleibt mir zu untersuchen übrig:

I. Ist die Unterscheidung von nach Wächter im eigentlichen und uneigentlichen Sinne lebensunfähigen Kindern richtig und begründet, und rechtfertigt sie die so verschiedene Behandlung derselben im Rechte?

II. Ist Lebensfähigkeit, sowohl eigentliche als uneigentliche, überhaupt nothwendiges Erforderniss zur Rechtsfähigkeit?

Bei Erörterung dieser Fragen werde ich mich hauptsächlich an das gemeine römische Recht halten, dann aber auch das deutsche Privatrecht, das Strafrecht, sowie die neuesten Kodifikationen in Betracht ziehen und endlich, soweit immer möglich, praktische Entscheidungen hierher gehöriger Rechtsfälle benutzen.

Digitized by Google

Erster Theil.

Das römische Recht.

§ 4.

Die neueren Pandektisten.

Schon in der Einleitung habe ich angedeutet, dass die Mehrzahl der heutigen Pandektenlehrer — die ältern darf ich desswegen übergehen, weil bezüglich ihrer Ausführungen von Savigny und Wächter das Nöthige angemerkt wurde und ich die Stellung der bedeutendern im geschichtlichen Theile angegeben habe — das Erforderniss der Vitalität als zur Erlangung der Persönlichkeit nothwendig erachtet. Hier will ich kurz untersuchen, wie sich die Einzelnen derselben zu unserer Frage stellen.

Die Ansichten von Savigny und Wächter werden weiter unten noch ausführlich zu behandeln sein und so bemerke ich dazu hier nur, dass der Letztgenannte in seinen Pandektenvorlesungen (mindestens bis 1863) nicht diejenige Meinung vertreten zu haben scheint, für welche er nachher in seinen Programmen einstand. Dies beweisen die Pandekten von C. G. v. Wächter, herausgegeben von O. v. Wächter, 1880, Bd. 1, S. 192 ff., wo nur ein lebend vollständig von der Mutter getrenntes Kind verlangt wird und von Vitalität nicht die Rede ist.

Die andern neuern Pandektenschriftsteller lassen sich in Bezug auf ihre Stellung zur Vitalitätsfrage in drei Gruppen scheiden, und zwar zunächst in die zwei prinzipiell verschiedenen derjenigen, welche das Erforderniss der Lebensfähigkeit

Digitized by Google

nicht anerkennen, und derjenigen, welche an demselben festhalten. Diese letztere Gruppe zerfällt wieder in zwei Unterabtheilungen, indem die Mehrzahl ihrer Vertreter Vitalität direkt fordert, d. h. ohne Rücksicht auf die Dauer des Aufenthaltes des Kindes im Mutterleibe, also einzig in Anbetracht der äussern Beschaffenheit (Entwicklung, Reife) des Neugeborenen, einige Wenige aber verlangen, das Kind müsse mindestens 181 Tage im Mutterleibe gewesen sein.

Wächter selbst ist, so will es mir scheinen, seiner Stellung in dieser Hinsicht untreu geworden. Nachdem er nämlich angenommen hat, der partus perfectus oder pleni temporis natus fasse alle nach Beginn des siebenten Monats Geborenen in sich, was dem Gesetze entspricht, und abortus bezeichne die vor dieser Zeit, gleichviel ob lebend oder todt zur Welt Gekommenen, wofür sich gesetzliche Anhaltspunkte meines Erachtens nicht finden, sagt er dennoch in seinem Resultat, der Arzt habe die Frage der Lebensfähigkeit zu entscheiden, statt, wie folgerichtig erwartet werden muss, der Arzt habe zu erklären, ob das Kind 181 Tage im Mutterleibe war oder nicht. Die Vitalität bestimmte ja das Gesetz, je nach der Beantwortung der dem Arzte vorgelegten Frage, und es ist nicht gerechtfertigt, wenn Wächter den Arzt will direkt entscheiden lassen, was das Recht sich selbst zur Entscheidung vorbehalten hat, wenn es Lebensfähigkeit forderte.

Wächter konnte nur mit Zuhülfenahme der Paulinischen Ausdrücke: pleni temporis, septimo mense natus, partus perfectus seinen Begriff des abortus gewinnen, indem er diese als gleichbedeutend jedesmal mit „lebensfähig im eigentlichen Sinne“ übersetzte. Wenn nun das septimo mense und das pleni temporis unzweifelhaft eine bestimmte Zeitgränze in sich schliessen, die im Ferneren auch Bezug hat auf partus perfectus, so kann man, aus diesem Wort den Begriff des abortus bestimmend und von diesem ausgehend, Vitalität fordernd, beim Begriff dieser letzteren doch gewiss nicht von jenem genau angegebenen Zeit-

Digitized by Google

raume absehen, ohne sich einer grossen Inkonsequenz schuldig zu machen. Glaubt man, aus jenen Stellen die Nothwendigkeit der Lebensfähigkeit folgern zu können, so muss diese abhängig sein von den darin geforderten sechs Monaten, und sie kann dann, im Sinne des Rechtes, nicht anders bestimmt werden, als mit Rücksicht auf diese Zeit. Entweder keine Vitalität oder sie ist abhängig von der angegebenen Dauer der Schwangerschaft. Die mittlere Meinung der zweiten Gruppe ist ohne gesetzlichen Grund.

Immerhin hält nur Dernburg (und Windscheid) sich fest an die 181 Tage, was bei Annahme des Requisites der Lebensfähigkeit das einzig Richtige ist. Es findet sich nirgends im römischen Rechte eine Stelle, wo Vitalität gefordert wird, direkt; würde sie indirekt verlangt, so wäre dies nur in jenen Gesetzen über den status personae und das jus liberorum der Fall und sie wäre dann unzertrennbar mit den dort gesetzten Zeitgrenzen verbunden. — Mir kommt es vor, als hätten Wächter und seine Nachfolger nur desshalb sich zu dieser Inkonsequenz verleiten lassen, weil sich aus der grossen Unsicherheit der Bestimmung der Schwangerschaftsdauer ein neuer Grund gegen das Requisit der Vitalität geltend machen lässt. Denn die Zeit der Konzeption wird höchst selten genau ermittelt werden können, und es ist leichter, aus dem Aussehen des Neugeborenen einen Schluss direkt auf seine Vitalität zu ziehen (trotz aller Unsicherheit auch dieses Verfahrens), als auf die Zeit, welche es im Mutterleibe zugebracht hat, zumal da es sich hier um eine bestimmte Anzahl (181) Tage handelt.

Zu derjenigen Gruppe, welche Vitalität verlangt, aber unabhängig von einer Zeitbestimmung, gehören:

1) Puchta. Er rezensirt in Richters und Schneiders kritischen Jahrbüchern, Bd. 8 (1840 I.), S. 673—715, den ersten und zweiten Band von Savigny's System des heut. röm. R. und behandelt auf S. 680 ff. daselbst dessen Lehre von der Entstehung der natürlichen Person. Entgegen der Ausführung von

Digitized by Google

Savigny in Beil. III. besteht Puchta auf dem Vitalitätserforderniss, so zwar, dass er von der Bestimmung der Lebensfähigkeit durch die mindestens 181 Tage dauernde Schwangerschaft absieht und den direkten Weg, der nicht Rücksicht nimmt auf irgend einen Zeitraum, als den richtigen bezeichnet: „Von der Einmischung der Präsumtion vom siebenten Monat hat uns der Verfasser definitiv befreit". Hingegen mag noch gesagt sein, dass es bei den auch von Puchta noch in Betracht gezogenen Stellen über den partus perfectus etc. gerade auf die Zeit des Aufenthaltes im Mutterleibe ankam, viel mehr als auf die Lebensfähigkeit des Kindes, die, wie ich zu zeigen später versuchen werde, absolut nicht von Einfluss war. Und wenn unser Gewährsmann fortfahrend sagt, dass die Fehlgeburt auch eine lebendige sein könne, so geht er meines Erachtens mehr von der medizinischen Ansicht als vom Sinn und Geist des röm. Rechtes aus.

Puchta, Pandekten, 6. Aufl. 1852, § 114, sagt in gewohnter Kürze und Prägnanz: „Keine Personen sind die Ungeborenen, die Todtgeborenen, die Fehlgeborenen überhaupt, die Missgeborenen (monstra)" und in Anmerkung d): „Ein abortus ist nicht blos (und nicht immer) das todt geborene Kind, sondern das unreife, dessen selbstständiges Leben darum unmöglich ist, und dessen Trennung eigentlich keine Geburt ist. Dieses Erforderniss der Vitalität hat man öfter irrthümlich in das Erforderniss, nicht vor dem siebenten Monat geboren sein, verwandelt — wegen der Stellen l. 12 D. 1,5; l. 3 § 12 D. 38,16, die gar nicht hierher gehören — ebenso unrichtig aber wird es von mehreren neueren Juristen ganz geleugnet (Vangerow, Savigny)." Puchta stützt sich für seine Behauptungen auf l. 2 C. 6,29 und l. 12 D. 28,2, die aber allein die Richtigkeit seiner Ansicht nicht im mindesten beweisen. — Eben so wenig findet sich in den Quellen eine Bestätigung für die von Puchta in seinen Vorlesungen über das heut. röm. Recht (herausgegeben von Rudorff, Leipzig 1847), Bd. 1, § 114, S. 230, aufgestellte Meinung, die Vitalität werde bei lebendiger Geburt

Digitized by Google

vermuthet. Im Uebrigen führt er am eben genannten Orte noch aus, dass das nicht lebensfähige Kind noch ein Embryo und seine Trennung von der Mutter keine eigentliche Geburt, sondern eine „abnorme Absonderung“ sei. „Sonst müsste auch der Abgang im ersten Monat Geburt sein.“ Was über den Embryo zu sagen ist, wird unten noch gesagt werden; über diese neue Begründung der Vitalität durch Vergleich mit der einmonatlichen Frucht braucht man wohl keine Worte zu verlieren, um so weniger, da Puchta Lebensfähigkeit ohne Rücksicht auf das Alter der Frucht fordert. Berichtigt ist hier noch betreff der oben zitirten l. 12 D. 28,2, dass sie nicht von der Vitalität handle.

2. Baron, Pandekten, 2. Aufl. 1876. In § 18 heisst es: „Eine natürliche Person ist vorhanden, wenn ein menschliches Wesen vollständig vom Mutterleibe getrennt ist und zwar lebend, von menschlicher Gestalt und entwickelt“, und Anmerkung 4 erläutert: „Ob das Kind entwickelt (partus perfectus) oder eine Fehlgeburt (abortus) sei, muss durch Sachverständige festgestellt werden. Ist es eine Fehlgeburt, so ist es, auch wenn es lebt, keine Person (l. 2 C. 6,29; § 1 J. 2,13; Paul. Sent. IV. 9 § 1); ist es dagegen genügend entwickelt, so ist es eine Person, trotzdem es nicht völlig ausgetragen ist (l. 3 in f. C. 6,29). Die früher verbreitete Meinung, dass das Kind nur dann eine Person sei, wenn es Lebensfähigkeit (Vitalität) besitze, und dass es Lebensfähigkeit nur dann besitze, wenn es 181 Tage im Mutterleibe gewesen, frühestens also am 182. Tage nach der Konzeption geboren werde, wird heut allgemein verworfen. (Sie wird gestützt auf l. 12 D. 1,5 und l. 3 § 12 D. 38,16.)“

Diese Ansicht scheint auf den ersten Blick neu zu sein. Aber Baron, der partus perfectus mit „entwickelt“ übersetzt, wogegen sich gewiss nichts einwenden lässt, sagt leider nicht, was er unter diesen Ausdrücken versteht, und blos so hingeworfen, sind beide gleich unklar. Indem er die Beurtheilung

Digitized by Google

des „entwickelt“ dem Arzte überlässt, ihm aber keinerlei weitere Handhabe gibt, wird dieser wohl auf die alte Unterscheidung der lebensfähigen und lebensunfähigen Kinder fallen, und so wird es trotz des neuen Ausdruckes und entgegen der direkten Verwerfung der Vitalität von Seiten des Verfassers doch bei derselben praktisch sein Bewenden haben; da derselbe noch ausdrücklich die Lehre von den 181 Tagen zurückweist, glaubte ich mich berechtigt, ihn dieser Gruppe zuzählen zu dürfen. — Auch Baron nimmt an, dass abortus, „unentwickelte Kinder“, lebend können geboren werden. Aber dies steht in den von ihm angeführten Gesetzen so wenig, als die zitirte l. 3 C. irgendwie die Entwicklung des Kindes berücksichtigt. Ebenso ist es auch vom Standpunkte Baron's aus inkonsequent, die 181 Tage zu umgehen; denn auch er stützt sich auf Stellen, in denen sie deutlich gefordert sind, wenn auch nicht hinsichtlich der Lebensfähigkeit.

3. Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl. 1873, Bd. I, § 50, S. 173: „Dem Todtgeborenen gleich aber ist die Fehlgeburt (l. 2 C. 6,29; Gellius, Noct. Att. 3,16; Wächter), abortus, mag man ihr gegenüber von Leben reden können oder nicht. Insofern man von einem Leben auch der Fehlgeburt reden kann oder redet — aber auch nur insofern — ist die alte Unterscheidung zwischen Leben und Lebensfähigkeit (Paul. Rec. Sent. IV. 9, § 1—5.; Savigny II, Beil. III) und der Satz, dass zur Person nicht blos Leben, sondern auch Lebensfähigkeit gehöre, begründet; denn damit ist dann nur gefordert, dass die lebendige Geburt eine vollständige, keine Fehlgeburt sein müsse (l. 3 C. 6,29). Auf eine bestimmte Zeitgrenze aber kann man sich für die Fehlgeburt oder für die Lebensfähigkeit nicht einlassen.“ . . .

Mit diesen Worten gibt Brinz seiner Ansicht einen klaren, unmissverständlichen Ausdruck. Neue Gesichtspunkte lassen sich daraus aber nicht gewinnen und so liegt auch keine Veranlassung zu besondern Bemerkungen vor.

Digitized by Google

Als letzten Vertreter dieser Richtung nenne ich

4. Serafini. Er sagt in seiner Uebersetzung der Arndts'schen Pandekten § 25, nota 6, die Lehre von der Vitalität in Verbindung mit den 181 Tagen sei eine „teoria altretanto arbitraria quanto pericolosa" und bemerkt andrerseits, nachdem er diejenigen aufgezählt, welche die Nothwendigkeit der Lebensfähigkeit verneinen: „tutti, ci sembra, in aperta contradizione colle fonti", welche Bemerkung meines Erachtens ihm und allen Anderen, die Vitalität ohne Rücksicht auf das Alter der Frucht verlangen, zurückgegeben werden darf. Im Uebrigen führt auch dieser Schriftsteller nichts Neues an.

Von den beiden Repräsentanten der dritten Gruppe tritt

5. Dernburg, Pandekten, 1. Aufl. 1884, Bd.I, § 50 energisch auf die Seite von Wächter, nur darin von ihm abweichend, dass er des bestimmtesten an den 181 Tagen festhält, wenn anders dies eine Abweichung von jenem ist. Dernburg verlangt Vitalität im eigentlichen Sinne Wächters und nennt abortus alles vor dem siebenten Monat Geborene. In Anmerkung 4 zu genanntem Paragraphen sagt er, es hande sich um folgende zwei Fragen:

a) Ist eine unreife Geburt, die einen Augenblick lebte, Rechtssubjekt gewesen?

b) Ist die Geburt, welche nicht sechs Monate im Mutterleibe ausgetragen war, als unreif oder nicht lebensfähig oder abortus anzusehen?

Zur Verneinung der ersten Frage führt er an l. 2 C. cit. und § 1 J. cit., wo abortus jede, nicht blos die todte Fehlgeburt bezeichne, was auch der Stelle bei Gellius, Noct. Att. 3,16 entspreche. — Dass bei letzterem die Frage nicht entschieden ist, werde ich noch Gelegenheit haben zu zeigen, ebenso, dass Wortlaut und Sinn jener Stelle die gerade entgegengesetzte Entscheidung erwarten lassen, die später auch im Codex gegeben worden ist, und ferner, dass sich die ganze Nachricht des Gellius gar nicht auf die Rechtssubjektivität des Kindes

Digitized by Google

bezieht und dass Lebensfähigkeit durch sie geradezu ausgeschlossen ist. Wenn aber Dernburg glaubt, dass es beim Todtgeborenen nicht darauf 'ankomme, ob er abortus, d. h. Frühgeburt war oder nicht, und dass das Rescript Diocletians und Maximians nur dann einen vernünftigen Sinn gebe, wenn abortus mit lebensunfähig übersetzt werde, so kann man ihm entgegnen, dass abortus nicht „zu früh Todtgeborene" speziell und unnöthigerweise ausschliesse, da die Todtgeborenen ja überhaupt rechtlich nicht in Betracht kommen, sondern dass es eben alle Todtgeborene sammt und sonders umfasst und als Bestätigung, ja Aufstellung des Grundsatzes, dass abortus (mortui nati) rechtlich als nicht erzeugt und geboren, irrelavant sind, sehr wohl einen Sinn hat. Abortus steht hier für mortuus natus, wie anderorts dieses für jenes, was sich im Laufe der Untersuchung ergeben wird.

Die zweite Frage bejaht Dernburg auf Grund der bereits zitirten Aussprüche des Paulus, woraus er dasselbe schliesst, was Wächter geschlossen hat und was ich zu widerlegen versuchen werde: dass nämlich perfectus partus und pleni temporis weder lebend noch lebensfähig heissen, und dass die Zurechnung zum jus liberorum mit der Persönlichkeit des Kindes nichts gemein hat, sondern dass beide auf ganz verschiedenen Prinzipien beruhen.

6. Windscheid behandelt die Vitalitätsfrage in seinem Lehrbuch der Pandekten, 5. Aufl., Bd. I, § 52 recht kurz: „Durch die Geburt wird nicht nothwendig eine menschliche Person und folglich ein Rechtssubjekt hervorgebracht. Damit dies der Fall sei, ist nothwendig, dass das Geborene menschliche Bildung habe, lebendig und keine Fehlgeburt sei." l. 2 c cit. § 1 J. cit; Paul. Sent. cit. „Fehlgeburt: abortus. Die Fehlgeburt kann auch lebendig sein. Das lebendig Geborene ist Fehlgeburt dann, wenn es nicht so lange im Mutterleibe gewesen ist, dass es sein Leben ausserhalb des Mutterleibes fortsetzen kann. Dagegen schliesst eine auf anderen Gründen

Digitized by Google

beruhende Lebensunfähigkeit die Rechtsfähigkeit nicht aus. Das letztere ist heutzutage unbestritten; nicht, dass Lebensfähigkeit in jenem ersten Sinne Voraussetzung der Rechtsfähigkeit allerdings sei . . .". „Für die richtige Meinung namentlich Wächter."

Ich habe Windscheid dieser Gruppe beigesellt; er sagt zwar nichts von einem 181-tägigen Termin; aber da er ihn nicht verworfen hat und sonst Wächter anhängt, der vom partus perfectus, bez. abortus ausgehend, die Vitalität als Erforderniss aufstellt, glaube ich, es liegt im Sinne des Autors und ist mit seiner Erklärung der Lebensfähigkeit vereinbar, an den Quellen in diesem Punkte festzuhalten und die als nothwendig erachtete Lebensfähigkeit von den 181 Tagen bedingt sein zu lassen.

Einen Uebergang zu der Gruppe der das Vitalitätserforderniss Negirenden bildet in gewissem Sinne:

7. Arndts. Er tritt auf die eigentliche Kontroverse nicht ein, deutet sie nur an, ohne eine entschiedene Stellung einzunehmen. Immerhin stellt er das in Frage stehende Requisit nicht auf. Er sagt in § 25 seiner Pandekten: „Erforderlich ist also, dass das Kind . . . nach dieser Trennung lebe und menschliche Gestalt trage." Die Streitfrage der Vitalität existire noch hinsichtlich der Fehlgeburten, heisst es in Note 3, wo die hauptsächlichste Litteratur angegeben ist.

So gehört Arndts in Wahrheit zu der Gruppe derjenigen, welche das Lebensfähigkeitserforderniss verwerfen. Dies thun ferner:

8. Vangerow, Pandekten § 32, Anmerkung. Menschliche Bildung und Leben sind nach ihm die einzigen Erfordernisse des Neugeborenen zur Erlangung der Persönlichkeit. Als Gründe für diese Ansicht sind angeführt: Das Argument des Scheinlebens eines unreifen Kindes ist hinfällig und trifft auch beim reifen lebensunfähigen Kinde zu; es darf der physische Begriff des Lebens nicht mit dem philosophischen, d. h. dem

Digitized by Google

Leben mit Bewusstsein, verwechselt werden; die für die Vitalität angeführten Gesetzesstellen beziehen sich nicht auf die Persönlichkeit, sondern auf Status-Verhältnisse und nirgends ist gesagt, dass ein vor dem 181. Tage geborenes Kind desswegen ein abortus sei: perfecte natus in l. 3 C. cit. bezieht sich nicht auf die Beschaffenheit des Kindes, sondern auf die Vollendung des Geburtsaktes; auch die Ausdrücke der Karolina sind missverstanden worden; kein in der Natur der Sache liegender Grund spricht für die Vitalität; die ganze Lehre ist unpraktisch, weil der Tag der Zeugung nicht festgestellt werden kann. — Man sieht, dass Vangerow in aller Kürze bereits Alles gegen die Vitalität geltend machte, was gegen sie geltend gemacht werden kann, wenn man von einer ausführlichen Quelleninterpretation absieht.

9. Keller fasst sich in Bd. 1, § 19 seiner Pandekten recht kurz über unsere Frage: „Vitalität nicht erforderlich, nicht einmal eigentliche im engeren Sinne. Angeführte Stellen beziehen sich auf eheliche Geburt, und nirgends ist gesagt, dass ein lebendes Kind abortus sei. Art. 131 der Karolina „lebendes gliedmässiges Kindlein", „Kind, das Leben und Gliedmassen empfangen hätt'." Diese Ansicht zerfällt in sich! Nicht lebensfähig ein vor 182 Tagen nach der Zeugung Geborenes! Wer sagt den Tag der Zeugung? Der Arzt soll doch direkt Vitalität bezeugen, statt den Zeugungstag und damit die Rechnung der 182 Tage. Und warum ein ausgetragenes Kind rechtsfähig, das doch nur eine Stunde oder kurze Zeit lebte wegen organischer Fehler?"

Wenn auch die beiden letztgenannten Rechtslehrer noch unter dem Drucke der von Savigny verfochtenen Ansicht, die damals herrschende Meinung war, also vor dem Erscheinen der Wächterschen Programme, schrieben, so sind doch beide so anerkannte Autoritäten, dass dieser Umstand ihrer Stellungnahme in der Vitalitätsfrage keinen Abbruch thut. Die neuen Auflagen von

Digitized by Google

Arndt's Lehrbuch der Pandekten vertreten dieselbe Ansicht und kennen die Leipzigerprogramme von 1863—1866 sehr wohl.

In unserer Zeit scheint man sich denn auch mehr und mehr von der Wächter'schen Theorie zu entfernen und sich wieder Savigny zuzuwenden. Vergl. Sarrazin a. a. O. und namentlich die im letzten Jahre erschienenen Pandektenlehrbücher von Bekker und Hölder.

10. Bekker sagt daselbst Bd. 1, § 45, S. 156 und 157: „Lebensfähigkeit ist nicht zu erfordern", und speziell über die gemeinrechtliche Kontroverse bemerkt er, nach einer geschichtlichen Skizze derselben: „Bewiesen hat hiemit Wächter gegen Savigny, dass derartige Streitigkeiten durch gelehrte Ausführungen allein nicht aus der Welt zu schaffen sind. — Im Uebrigen:

1) Was „abortus" bei Gajus II. 131 (aus dem § 1 J. de exher. lib. 2, 13 abgeschrieben ist) und bei Diocletian c. 2 de post. her. 6, 29 im Gegensatz zu postumus bezeichnen sollte, ist nach alledem nicht zweifellos; nehmen wir die c. 3 eod. berichtigte Schreikontroverse hinzu, so wird es wenig wahrscheinlich, dass die Sabinianer statt des Schreies, worauf sie nichts geben, ein Zeichen der Vitalität erfordert haben sollten, noch unwahrscheinlicher aber, dass ihre Gegner neben dem Schreien auch noch ein solches Zeichen als unerlässlich betrachteten.

2) Haben aber doch noch andere Kontroversen, über die wir ungenügend unterrichtet sind, bestanden, so müssen diese alle nach dem Wortlaut von c. 3. § 1 cit. von Justinian als gehoben gelten: hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium. Es war des Kaisers Wille, ein einheitliches Werk zu schaffen; zugleich wissen wir, wie die ganze Kompilation rasch und flüchtig hergestellt worden ist; daher darf die Bestimmtheit dieses Ausspruchs nicht durch gewundene Deduktionen aus zwei-

Digitized by Google

deutigen Stellen, die vielleicht nicht ganz sorgfältig verputzt worden sind, erschüttert werden.

3) Das Resultat der Wächter'schen Interpretation ist schon für das neueste römische Recht ebenso inkonsequent wie unpraktisch. Jenes, weil durchaus kein beachtenswerther Grund existirt, die Fehlgeburt schlechter zu stellen als die Missgeburt; dies, weil an der Kinderleiche die Konstatirung der Lebensfähigkeit schwieriger ist als die des Nichtgelebthabens. Völlig verwerflich aber wird dieselbe als Norm für die Gegenwart, da bei den eminenten Fortschritten der Chirurgie heute wohl geschehen könnte, dass das nach alter Regel für lebensunfähig erklärte Geborene durch neue Kunst am Leben erhalten bliebe ....“

11. Hölder, Pandekten, Bd. 1, § 19, S. 97 ff., verwirft ebenfalls das Erforderniss der Lebensfähigkeit und fährt auf Seite 99 fort:

„Ist aber der Mensch Person als ein individuelles lebendes Wesen, so dass er, um zu einer eigenen Persönlichkeit, neben der mütterlichen, die seinige bis dahin als Theil der eigenen in sich enthaltenden, zu gelangen, nur der vollendeten äussern Trennung seines Daseins vom mütterlichen und des Lebens im Momente dieser Trennung bedarf, so lässt sich das Erforderniss der Lebensfähigkeit nur aufstellen, indem man ein wegen mangelnder Reife des Individuums der Fortsetzung nicht fähiges Leben nicht als wirkliches Leben betrachtet. Wenn man aber für das Erforderniss der Lebensfähigkeit sich darauf beruft, dass durch abortus keine Person entstehe und dass abortus auch die Geburt eines lebendigen, aber wegen mangelnder Reife nicht lebensfähigen Kindes sei, so setzt dieselbe Verordnung Diocletians, welche erklärt, dass durch abortus keine Person entstehe, dem Fall desselben den andern Fall entgegen, dass natus ilico decesserit, versteht also unter dem gegentheiligen Falle des abortus lediglich einen solchen, in welchem es zur Geburt eines lebenden Menschen nicht gekom-

Digitized by Google

men ist. Dieser Verordnung schliesst sich sodann unmittelbar eine solche Justinians an, welche die Bedingungen der Entstehung einer Person aufzählt mit den Worten: vivus ad orbem totus processit ad nullum declinans monstrum vel prodigium, und mit der ausdrücklichen Bemerkung, dass diese Bedingungen die einzigen seien, und genau dasselbe wie die Worte vivus ad orbem totus processit bezeichnen die vorhergehenden: si vivus perfecte natus est; dass sie nicht von einem partus perfectus im Sinne der Vollendung, Fertigkeit oder Reife des geborenen Individuums, sondern lediglich von der Vollendung des Geburtsaktes und vom Erforderniss des Lebens im Momente dieser Vollendung sprechen, zeigt sowohl die sprachliche Fassung dieser Worte als der ganze Zusammenhang der Verordnung."

---

§ 5.

Eigentliche und uneigentliche Vitalität.

Savigny beschuldigt in seiner Abhandlung diejenigen einer auffallenden Inkonsequenz, die ein Kind, welches wegen mangelnder Reife nicht lebensfähig ist, rechtlich anders stellen als ein solches, dem organische Fehler die Fortsetzung seines Lebens unmöglich machen. Er begründet seine Behauptung damit, dass im letztern Falle die Lebensunfähigkeit oft weit sicherer sei als bei blosser Unreife. Wenn aber dennoch die meisten Schriftsteller nur bei dieser Vitalität als nothwendiges Erforderniss aufstellen, so geschehe dies, wie es ihm scheine, zur Wahrung der Rechtssicherheit und Vermeidung von Willkürlichkeiten, denen andernfalls Thür und Thor geöffnet wäre.

Dieser Grund ist nun allerdings kaum zureichend und Savigny's Ausführung in sich selbst nicht ganz folgerichtig. Denn wenn es bei der unsichern Beurtheilung der Lebens-

Digitized by Google

unfähigkeit aus mangelnder Reife gerechtfertigt ist, Vitalität zu fordern, so werden die „vielleicht weit gewissern Fälle“ der organischen Fehler unter dieselben Grundsätze gestellt, bei ihrem relativ seltenen Vorkommen der Rechtsunsicherheit wohl nicht so sehr Vorschub leisten, dass aus diesem Grunde die Inkonsequenz der verschiedenen rechtlichen Behandlung beider Arten der Vitalität begründet erscheint.

Wächter wälzt denn auch den Vorwurf auf das Recht selbst ab, wenn er nämlich gerecht sei, versucht es indessen zugleich, ihn zu entkräften und zurückzuweisen. Er sagt: der Unterschied der eigentlichen und uneigentlichen Vitalität ist im römischen Rechte anerkannt, denn dort findet sich die verschiedene rechtliche Beurtheilung der lebensunfähigen Kinder, je nachdem sie wegen mangelnder Reife oder organischer Missbildung nicht vital sind. Aber nicht nur im Rechte, sondern auch durch die Natur der Sache und durch die Vernunft ist diese Unterscheidung begründet:

Das reife Kind im Mutterleibe ist nur noch durch die Verbindung mit der Mutter in seiner Rechtsfähigkeit gehindert. Nach der Geburt, d. h. der vollständigen Trennung vom Mutterleibe, ist dieses Hinderniss gefallen und das Kind rechtsfähig geworden. Wenn es nun auch stirbt, so kann ihm doch diese einmal erlangte Rechtsfähigkeit nicht hinterher rückwärts entzogen werden, weil es als rechtsfähiges Kind gestorben ist. Es kommt nicht darauf an, wie lange es gelebt hat oder aus welchem Grunde es gestorben ist, ja auch nicht darauf, ob die Todesursache schon vor der Geburt vorhanden gewesen oder erst nachher eingetreten ist. Es genügt, dass das Kind den zur Fortsetzung des Lebens nöthigen Reifegrad besass und ein wirkliches selbstständiges Leben, wenn auch nur ganz kurze Zeit, geführt hat.

Anders bei dem unreifen Kinde. Dieses erlangt, sagt Wächter, die Rechtsfähigkeit nicht, wenn es auch lebend geboren wird. Denn während es im Mutterleibe ist, ist nicht,

Digitized by Google

wie bei dem reifen, die Verbindung mit der Mutter das einzige Hinderniss seiner Rechtsfähigkeit, sondern es tritt hinzu die Unfähigkeit, sein Leben ausser dem Mutterleibe fortsetzen zu können (was Puchta in Richters und Schneiders kritischen Jahrb. a. a. O. so ausdrückte: „Es ist nicht blos die Verbindung mit der Mutter, die uns hindert, es als Person für sich anzuerkenen, sondern dass ihm diese Verbindung wesentlich zu seinem Dasein ist"). Durch die Geburt fällt nun zwar das erste Hinderniss beim unreifen Kinde so gut dahin wie beim reifen; aber hier war es das einzige und dort bleibt das genannte zweite zurück. Da das unreife Kind nicht ohne jene Verbindung leben kann, hat es nicht aufgehört, von der Mutter abhängig zu sein; es hat noch nicht diejenigen Fähigkeiten erlangt, die zum selbstständigen Leben erfordert werden und kann kein Rechtssubjekt sein, weil es noch in embryonalem Zustande ist und dem sichern Tode entgegengeht. Inkonsequent wäre das Recht, welches dem Embryo die Persönlichkeit nicht zuerkennt, wenn es dann doch wieder einen Embryo ür rechtsfähig erklärte in Folge eines Ereignisses (Hervortreten aus dem Mutterleibe), das denselben nicht zum Leben, sondern zum Tode führt.

Auch ist das Leben eines solchen unreifen Kindes ein blosses Scheinleben, weil es nicht selbstständig ausserhalb des Mutterleibes fortgesetzt werden kann, fährt Wächter fort. Da von einem eigentlichen Leben nicht die Rede sein kann, wird ein solches Kind keine Persönlichkeit erlangen, kein Mensch im Rechtssinne werden; es ist nur Keim, Hoffnung eines Menschen gewesen. Der Tod hat diese Hoffnung getäuscht und den Keim vernichtet.

So weit Wächter. Seine Ausführung ist klar und auf den ersten Blick fast überzeugend. Ich will nun untersuchen, ob diese seine Beweisgründe genügen, um die eigentliche und uneigentliche Lebensfähigkeit rechtlich verschieden aufzufassen.

Digitized by Google

Wenn Wächter beim ausgetragenen, reifen Kinde, das im Mutterleib ein Theil des mütterlichen Körpers ist (l. 1 § 1 D. de inspic. vent. 25, 4; l. 9 § 1 D. ad leg. Falc. 35, 2; l. 161 D. de V. S. 50, 16), die Verbindung mit der Mutter als einziges Hinderniss der Rechtsfähigkeit aufführt, beim nicht ausgetragenen, unreifen Kinde aber noch ein zweites hinzufügt, nämlich die Unmöglichkeit des selbstständigen Fortlebens wegen mangelnder Reife, welch' letzteres Hinderniss nicht wie das erstere durch die Geburt hinwegfalle, und wenn er nun daraus den Schluss zieht, dass die nach ihm benannte „eigentliche Lebensunfähigkeit" rechtlich anders anzusehen sei als die „uneigentliche", so begeht er dadurch zwei Verstösse gegen die Gesetze der Logik, die gross genug sind, seinen Beweis bedeutend abzuschwächen, ja zu entkräften.

In der zweiten Prämisse spricht er nämlich deutlich von einem Kinde, welches die zur Fortsetzung des selbstständigen Lebens nöthige Reife noch nicht erlangt hat. Dieses Kind, dem die „eigentliche Lebensfähigkeit" mangelt, ist nicht rechtsfähig. Und nun entsteht der Schein eines richtigen Schlusses, indem die erste Prämisse so gestellt ist, dass der Leser dem darin genannten reifen Kinde den Mangel der „uneigentlichen Lebensfähigkeit" unwillkürlich unterzuschieben versucht ist, um dadurch den nothwendigen Gegensatz zur ersten Prämisse zu erhalten. In Wahrheit aber spricht er daselbst nur von einem ausgetragenen, reifen Kinde ohne irgend welche organische Fehler, also von einem absolut lebensfähigen, statt von einem im uneigentlichen Sinne lebensunfähigen, dem er nun auch Rechtsfähigkeit zuschreibt. — Giebt man zu, dass es richtig sei, dem nicht lebensfähigen Kinde im eigentlichen Sinne die Rechtssubjektivität abzusprechen, so folgt aus der Anerkennung derselben für das reife Kind, das lebensfähig ist, nur eine Unterscheidung zwischen vitalen und nicht vitalen Kindern, keineswegs eine solche zwischen Lebensfähigkeit im eigentlichen und uneigentlichen Sinne. Um zu diesem von Wächter

Digitized by Google

beabsichtigten Schlusse zu gelangen, müsste man dem ausgetragenen reifen Kinde seines ersten Vordersatzes einen unfehlbar den Tod bringenden organischen Fehler, also „uneigentliche Lebensunfähigkeit" zuschreiben. Dass diese ihm von Wächter nicht beigelegt wird, beweisen seine Ausdrücke, Unmöglichkeit der Fortsetzung des Lebens, Keim, Hoffnung eines Menschen, Scheinleben, welche alle dann auf beide Kinder gleich gut passen würden, da beiden baldiger Tod gleich sicher ist.

Der Wächter'sche Syllogismus ist unrichtig, weil die in den Prämissen und in der Konklusion angewandten Begriffe nicht kongruent sind (quaternio terminorum). Aber er leidet noch an einem andern, nicht weniger wesentlichen Fehler. Berichtige ich nämlich den von mir eben gerügten Mangel und setze den Schluss in abgekürzter Form hierher, so heisst er etwa:

Das im uneigentlichen Sinne lebensunfähige Kind ist rechtsfähig — das im eigentlichen Sinne lebensunfähige Kind ist nicht rechtsfähig, oder noch einfacher: Uneigentliche Lebensunfähigkeit hindert nicht Rechtsfähigkeit; Eigentliche Lebensunfähigkeit hindert Rechtsfähigkeit. Darf nun aus diesen Prämissen gefolgert werden, dass ein rechtlicher Unterschied bestehe zwischen eigentlicher und uneigentlicher Lebensunfähigkeit? Gewiss nicht! denn ein solcher ist in den Prämissen, angenommen sie seien materiell richtig, schon statuirt durch die verschiedene rechtliche Behandlung beider Arten. Wenn nun der Untersatz nichts anderes behauptet, als was in den Obersätzen schon antizipirt ist, so ist er auch nicht beweisend. Und hier haben wir wirklich nichts anderes vor uns als ein Hysteronproteron, da das zu Beweisende in den Prämissen als bereits festgestellt betrachtet wird. Wenn dargethan wäre, dass die eigentliche Lebensfähigkeit von der uneigentlichen nicht blos in ihrer zufälligen Ursache, sondern in ihrem Wesen verschieden ist, so dürfte allenfalls daraus auf eine nothwendige

Digitized by Google

Unterscheidung auch im Rechte geschlossen werden; aber hier kommt gerade die Frage in Betracht, ob das Recht diesen Unterschied machen kann und darf, und diese ist nicht dadurch entschieden, dass man behauptet, diese und jene Gesetzbücher haben dies wirklich gethan.

So schwach diese Deduktion nach den zwei hervorgehobenen Seiten ist, so ungenügend sind meines Erachtens die übrigen Argumente, welche Wächter zur Auseinanderhaltung der eigentlichen und uneigentlichen Vitalität anführt und besonders diejenigen, auf welche er die obgenannten Vordersätze seines Schlusses stützt.

Es ist allerdings richtig, dass das im Wächter'schen Sinne unreife Kind sein Leben nicht selbstständig fortzusetzen vermag und dass es dem sichern Tode entgegengeführt wird durch denjenigen Akt, der ihm ein unabhängiges, selbstständiges Leben hätte geben sollen. Aber trifft das alles nicht in gleichem Umfange zu bei dem lebensunfähigen Kinde im uneigentlichen Sinne? Dieses leidet an einem organischen Fehler, der eben so sicher die Unmöglichkeit des selbstständigen Fortlebens in sich trägt, wie Unreife, ja vielleicht sicherer und offenbarer. Ein unreifes Kind, welches doch schon soweit entwickelt ist, dass es lebend geboren werden kann, wird durch sorgfältige Pflege und gute ärztliche Behandlung oft am Leben bleiben und erhalten werden, auch wenn dies kaum zu erwarten war, während viele organische Mängel gar nicht gehoben werden können und an sich oder durch eine schwierige Operation den Tod fast unfehlbar herbeiführen. Von solchen nenne ich aus Casper-Liman, Handbuch der gerichtl. Medizin: Völlige Verschliessung der Speiseröhre, rudimentäre Bildung innerer Organe, Zwerchfellsbruch, vollständiges Fehlen des Mastdarms und dgl.

Alle dem selbstständigen Leben den Tod bringenden Mängel jener Organe, die ihre Funktionen erst nach der Trennung vom Mutterleibe beginnen, hindern nicht, dass das Kind im Uterus die völlige Reife erlange und lebend zur Welt komme.

Digitized by Google

Aber, obgleich reif, kann ein solches Kind nicht ein lebensfähiges, vitales genannt werden; denn es vermag sein Leben so wenig fortzusetzen ohne die Verbindung mit der Mutter, als das unreife Kind, wenn auch der Grund ihrer Lebensunfähigkeit ein verschiedener ist. Wo die uneigentliche Vitalität fehlt, muss der Tod eintreten; ebenso wo die eigentliche mangelt: in beiden Fällen wird ein Leben vernichtet und zwar mit gleicher unabwendbarer Sicherheit — warum soll nun das Recht zwischen beiden unterscheiden?

Das unreife Kind sei noch ein Embryo, sagt Wächter weiter, und könne als solcher nicht in Betracht kommen, wegen des Zufalls der Trennung von der Mutter; es sei nur Keim, Hoffnung eines Menschen, zum Voraus dem Tode verfallen.

Man vergesse nur bei diesem „Embryo“ nicht, dass er mindestens so weit entwickelt sein muss, um lebend geboren werden und im Augenblicke nach der vollständigen Trennung vom Mutterleibe noch Lebenszeichen von sich geben zu können, da er andernfalls als todtgeboren rechtlich ohne irgend welche Bedeutung wäre. Ob auf ein solches Kind die Bezeichnung Embryo noch angewendet werden kann, dürfte füglich bezweifelt werden, ist hier jedoch nicht massgebend; denn in den Quellen finde ich diesen Ausdruck nirgends. Nicht vom Embryo ist gesagt, er sei keine Person, nicht rechtsfähig, sondern vom partus nondum editus, partus antequam edatur, von dem qui nasci speratur, qui in utero est. (Vgl. hiezu l. 9 § 1 D. ad leg. Falcid. 35, 2; l. 1 § 1 D. de inspic. vent. 25, 4; l. 231 D. de V. S. 50, 16; l. 161 eod.; l. 3 D. si pars her. 5, 4; l. 7 D. de statu hom. 1,5.)

Zudem beruht die ganze Verschiedenheit zwischen der Unreife auf der einen und organischen Fehlern auf der andern Seite als Ursachen der eigentlichen und der uneigentlichen Lebensunfähigkeit darin, dass bei jener der Entwicklungsprozess in seinem ganzen natürlichen Fortgange unterbrochen wurde, während er bei diesem nur theilweise gehemmt oder auf falsche Bahnen gelenkt worden ist. Dort erfolgte die

Digitized by Google

Unterbrechung zu einer Zeit, als das Kind noch im Mutterleibe war und führte die zu frühe Trennung von demselben herbei. Die Folge ist die Unmöglichkeit des selbstständigen Fortlebens, also der sichere Tod. Hier ist das Kind mit einer fehlerhaften Bildung versehen; die Trennung ist zwar rechtzeitig erfolgt, aber der organische Mangel, auch im Mutterleibe entstanden, unterbricht nun die weitere Entwickelung nach der Geburt und die Folge ist wie oben, sicherer Tod. Das Resultat beider Fälle ist also dasselbe: beide Kinder leben nach der Geburt; beiden aber ist der baldige Tod sicher, weil beide nicht vital sind. Wenn es nun, wie Wächter sagt, bei dem reifen Kinde nicht darauf ankommt, aus welchem Grunde es bald stirbt, soll sich denn andrerseits der Tod wegen mangelnder Reife so charakteristisch von allen anderen Todesarten abheben, mit anderen Worten: erscheint es dann gerechtfertigt, zwischen der eigentlichen und uneigentlichen Lebensunfähigkeit als Todesursachen einen so tief greifenden rechtlichen Unterschied zu machen? Ist ein lebendes, nicht lebensfähiges Kind desshalb weniger blos Keim und Hoffnung eines Menschen, weil seine Lebensunfähigkeit auf organischen Fehlern beruht, als wenn Unreife Ursache derselben ist? Ist die Hoffnung der Eltern weniger getäuscht, der Keim des Menschen weniger vernichtet, wenn ein reifes, ausgetragenes Kind gleich nach der Geburt stirbt, als wenn ein noch nicht so weit entwickelter Keim zu früh vom Mutterleibe getrennt wird, so dass nun der Tod die vielleicht noch nicht so hoch gespannte Hoffnung vereitelt?

Auch von einem Scheinleben kann in keinem der beiden Fälle die Rede sein. Ein Kind, welches nach seiner Geburt Zeichen des selbstständigen Lebens erkennen lässt, hat ein wirkliches und kein blosses Scheinleben geführt, wie kurz es auch mag gewesen sein. Das Leben beginnt nicht erst mit der Geburt, ist aber sogleich nach der vollständigen Trennung des Kindes vom Mutterleibe nach juristischem Sprachgebrauch

Digitized by Google

ein selbstständiges Leben. Mit Bezug aber auf ein Scheinleben lässt sich vom reifen, lebensunfähigen Kinde wieder genau dasselbe sagen, wie vom unreifen und desshalb nicht vitalen. Beide können nur kurze Zeit leben; das erstere soll nun aber ein wirkliches Leben führen, das letztere nur ein Scheinleben. Woher man diese Unterscheidung nehmen könnte, vermag ich schlechterdings nicht einzusehen. Es ist nämlich sehr wohl möglich, dass ein wegen Unreife nicht vitales Kind einige Stunden lebt; man führt sogar Beispiele an, wo solche Kinder einige Tage ein selbstständiges Leben führten, während manche organische Fehler auch dem reifen Kinde ein mehr als einige Minuten langes Fortleben unmöglich machen. Sollten nun Kinder der erstern Art nur scheinbar leben, ihr Leben nur ein Scheinleben sein, das rechtlich nicht in Betracht kommt, im Gegensatz zum wirklichen Leben der im uneigentlichen Sinne lebensunfähigen Kinder? In diesem Sinne lässt sich von einem Scheinleben nicht reden. Ueberhaupt kommt es im Rechte blos auf selbstständiges, von der Mutter unabhängiges Leben an und auch bei diesen Ausdrücken ist Vorsicht sehr geboten, indem sie mit gleichlautenden der medizinischen Wissenschaft nicht gleich bedeutend sind. Wenn ein Kind nach der vollständigen Trennung vom Mutterleibe lebt, d. h. Lebenszeichen erkennen lässt, sei es nun Schreien, Athmen, Herzschlag und dgl., so sagt der Jurist mit Recht, das Kind habe selbstständiges Leben. Der Arzt aber unterscheidet zwischen einem intrauterinen und extrauterinen Leben.

Das intrauterine Leben, d. h. das Leben im Mutterleibe, hängt von der Verbindung des Kindes mit der Mutter ab. Von der Mutter allein oder vielmehr nur durch jene Verbindung erhält das Kind alles zu diesem Leben Nöthige. Sobald es aber von der Mutter getrennt ist, muss es selbstständig leben, muss es vermöge seiner Organe vor allem Sauerstoff aus der Luft dem Blute zuführen, also athmen, wenn es nicht bald nach der Geburt sterben soll. (Weniger schnell, aber

Digitized by Google

gleich sicher, droht ihm der Tod, wenn es nicht im Stande ist, Nahrung zu sich zu nehmen oder überflüssige Stoffe auszuscheiden.) Zum selbstständigen Leben in diesem medizinischen Sinne gehört demnach unbedingt die Athmung und geathmet haben heisst gelebt haben. Aber daraus folgt nicht, dass nicht geathmet haben gleichbedeutend sei mit nicht gelebt haben; denn die Medizin lehrt, dass ein neugeborenes Kind Lebenszeichen von sich geben kann, ohne selbstständig in diesem Sinne zu leben, d. h. ohne zu athmen, indem solche Zeichen nur die noch anhaltenden Wirkungen des erlöschenden, ja bereits erloschenen intrauterinen Lebens seien. Namentlich sei es möglich, dass der Herzschlag noch einige Zeit nach der Trennung von der Mutter fortdauere, dann aber nachlasse, weil das Kind nicht athme und nie geathmet habe, also nicht ein extrauterines Leben besitze. Diese Herzschläge ohne Athmung seien ermöglicht durch den noch durch die Nabelschnur mit dem Blut der Mutter in das Blut des Kindes geleiteten Sauerstoff. Auch Zuckungen können noch Zeichen des intrauterinen Lebens sein. Vgl. Casper-Liman, a. a. O., Bd. 2, § 100, S. 852 ff. Sache des Arztes ist es, zu untersuchen, ob je im vorliegenden Fall etwa beobachtete Zeichen wirklich Lebenszeichen seien.

Dieses sog. Fötalleben oder intrauterine Leben extra uterum dürfte man mit mehr Berechtigung Scheinleben nennen als das Leben des unreif Geborenen, welches ein extrauterines, sogar einige Tage dauerndes sein kann. Ein Scheinleben ist aber begrifflich sogar unmöglich; denn was Lebenszeichen von sich giebt, ist eben lebend, und was solche nicht erkennen lässt, ist todt oder scheintodt.

Von der eben angeführten Unterscheidung eines selbstständigen und unselbstständigen Lebens im medizinischen Sinne hat die Jurisprudenz mit Recht Abstand genommen. Wenn aber von einem Scheinleben, wie Wächter annimmt, gesprochen werden könnte, so bewiese dies dennoch nichts, weil dasselbe

Digitized by Google

dann dem Lebensunfähigen im uneigentlichen Sinne ebensowohl zukäme als dem im eigentlichen Sinne nicht Vitalen.

Nach dieser Ausführung darf ich wohl den Versuch Wächters, die Richtigkeit der Unterscheidung zwischen einer eigentlichen und uneigentlichen Lebensunfähigkeit und ihrer verschiedenen rechtlichen Behandlung durch die Natur der Dinge und vernunftmässig zu beweisen, als nicht gelungen betrachten und ich komme auf seine Behauptung zu sprechen, dass das Recht diesen Unterschied wirklich mache. Wenn es wahr ist, dass von allen früher für die Lebensfähigkeit angeführten Stellen aus dem römischen Rechte keine einzige auf dasselbe Bezug hat und angewendet werden darf (Wächter selbst giebt dies zu II. § 9. S. 8), so ist es zum Mindesten sehr zweifelhaft und meines Erachtens absolut nicht zu beweisen, dass die von Wächter angeführten Zitate einen Unterschied machen zwischen eigentlicher und uneigentlicher Vitalität. Es kommen in Betracht § 1 J. de exhered. lib. 2, 13 und l. 2 und 3 C. de post. hered. 6, 29. Hier findet sich aber weder das Wort Vitalität noch eine Umschreibung desselben, geschweige denn die leiseste Andeutung zweier verschiedener Arten von Lebensfähigkeit bez. Lebensunfähigkeit. Diese Stellen gebrauchen die Ausdrücke abortus und postumus und sind, sobald man über die Bedeutung dieser Begriffe im Reinen ist, einfach und unzweideutig.

Dass sich auch im deutschen Privatrecht die Sache nicht viel anders verhält, wird zu zeigen später noch Gelegenheit sein. Das Strafrecht kennt den Unterschied nicht; denn von den Neuern wird Vitalität überhaupt nicht gefordert, und die Karolina versteht unter „gliedmessig“ Kindlein und Kind, „das Leben und Gliedmass“ empfangen hat, nicht ein lebensfähiges, weder im einen noch andern Sinne, sondern ein Kind, welches keine Missgeburt ist.

Dennoch folgen der Unterscheidung Wächters unter Anderm besonders energisch Serafini und Dernburg. Ersterer

Digitized by Google

sagt a. a. O.: „Parto non vitale nel senso vero e proprio della parola, indica parto abortivo ossia un feto che all'uscita dal seno materno è ancora in stato di embrione, e per conseguenza a motivo della maturità mancante non può continuare la sua vita fuori dell'alvo della madre e indipendente da essa."

Diese Worte genügen, um zu zeigen, dass Serafini sich blos auf die von Wächter vorgebrachten Beweise stützt und Neues für seine Ansicht nicht beibringt.

Dernburg a. a. O. § 50, 1. b. sagt, nachdem er, wie wir gesehen, am Erforderniss der Lebensfähigkeit hinsichtlich der Reife festgehalten: „In dem Sinne lebensfähig muss aber das Kind nicht sein, dass es mit zu einem längeren Leben befähigender Organisation ausgestattet ist." Dernburg beruft sich auf die nämlichen Stellen, die bei diesem Anlass Wächter anzog und unterstützt diesen in seiner Auslegung. Wieweit dieselbe aber Anspruch auf Richtigkeit machen darf, werde ich im nächsten Abschnitt zu erörtern versuchen, womit denn auch die ganze Streitfrage, soweit sie das römische Recht betrifft, so ziemlich erledigt sein wird.

Nur scheint mir noch hierher zu gehören ein Erkenntniss des Gerichtshofes zu Tübingen vom 12. März 1846, bestätigt durch Erkenntniss des Obertribunals zu Stuttgart vom 11. Mai 1847, aus Seuffert: Archiv für Entscheidungen etc. Bd. 2. 1848, S. 167, Nr. 124: Zur Beantwortung der Frage, ob ein neugebornes Kind gelebt habe oder nicht.

„In einer Rechtssache, deren Beurtheilung von obiger Frage abhing, hatte der Hebarzt Dr. Z. bezeugt, dass er bei dem vollends zur Welt gebrachten Kinde einige Pulsationen des Herzens wahrgenommen habe, jedoch beigesetzt, es sei ihm scheintodt vorgekommen, weil er keine weitere Lebensäusserung an demselben wahrgenommen habe. In Beurtheilung dieser Aussage wurden die Entscheidungsgründe bemerkt:

„„Dr. Z. bezeugt positiv für das Leben des Kindes, da nach unserem Rechte jede Lebensäusserung und nicht etwa

Digitized by Google

blos Schreien oder Athmen genügend ist, um ein Kind als lebend anzunehmen. Vgl. Glück, Komment. Bd. 2. S. 82 . . . Es ist rechtlich gleichgültig, ob das geborene Kind nach der Sprache des Zeugen ein vollkommenes oder nur ein Scheinleben oder nach der Sprache der in der Beschwerdeschrift aufgeführten Aerzte ein selbständiges oder nur ein fötales Leben gehabt habe. Denn mag auch eine solche Unterscheidung zwischen vollkommenem und unvollkommenem Leben vom Standpunkte der Arzneiwissenschaft aus richtig sein, unsere Gesetze wissen einmal von ihr nichts, sie kennen kein Mittelding zwischen Leben und Tod, sondern wer irgend Lebenszeichen von sich gibt, ist eben einmal lebend und nicht todt. Die Gesetze thun auch sehr wohl daran, sich in derartige feine Distinktionen nicht einzulassen und davon die Rechtsverhältnisse der Menschen abhängig zu machen, weil in den vorkommenden Fällen wohl kaum ein sicherer Entscheid darüber möglich ist und daher eine solche Unterscheidung nur die Quelle nutzlosen Prozessirens wäre. Ist es ja doch eine allbekannte Thatsache, dass die Menschen in einen Zustand verfallen können, in welchem sie gar keine Lebensäusserungen mehr von sich geben, namentlich nicht auf eine für andere Menschen bemerkbare Weise athmen und dennoch fortleben, und dass man durch die Verwechslung dieses Zustandes mit dem Tode schon öfters verleitet worden ist, Lebendige zu begraben. Die c. 3 de post. her. inst. (6, 29) wird ganz mit Unrecht von dem Appellanten für sich angeführt, weil doch wohl kein Philolog „perfecte nasci“ und „totum ad orbem procedere“ anders übersetzen wird als „mit dem ganzen Körper aus dem Mutterleibe herausgetreten“, vgl. Savigny, System Bd. 2, Beil. III. S. 411, also das Gesetz ausdrücklich nichts weiter verlangt als eine Lebensäusserung zu der Zeit, wo das Kind ganz aus dem Mutterleibe heraus ist, nicht aber eine bestimmte Art von Lebensäusserung als Kennzeichen eines sog. selbständigen oder vollkommenen Lebens fordert.“ “

Digitized by Google

Ein Urtheil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 27. Jan. 1864 (Entscheidungen, 1880, S. 1), welches Dr. H. Ziegler in seiner Dissertation: Ein Fall von bestrittenem Leben eines Neugeborenen, S. 45 ff., anführt, bezieht sich zwar nicht auf die Vitalität, erklärt aber ebenfalls den Unterschied des selbstständigen und fötalen Lebens eines Neugeborenen im medizinischen Sinne für rechtlich unerheblich.

---

§ 6.

Partus perfectus — abortus — postumus.

Nachdem Seuffert und Savigny überzeugend dargethan haben, dass diejenigen Stellen aus dem Corpus juris und anderen römischen Quellen, welche über die Vermuthung der Vaterschaft sprechen und für sie bestimmte Rechtsregeln aufstellen, sich nicht auch anwenden lassen auf die Entstehung der Persönlichkeit und dass diese Fragen zwei ganz verschiedene und von einander unabhängige sind, und nachdem auch Wächter diese Beweismittel, die bis auf ihn so zu sagen als die einzigen für die Vitalität sprechenden aufgeführt worden waren, verworfen hat, finde ich keine Veranlassung, auf diesen Punkt näher einzutreten und werde nur, wo es mir nöthig scheint, im Zusammenhange auf die Vorschriften über jene Präsumtion zu sprechen kommen.

Diejenigen Stellen, auf welche nun Wächter seinen neuen Beweis von der Nothwendigkeit der Vitalität vornehmlich stützt, sind § 1 J. de exhered. lib. 2,13 und l. 2 und 3 C. de post. hered. 6,29. — In den ersten beiden ist von einem praktischen Fall unserer Frage die Rede, in der letzteren ist entschieden, dass zum Beweis für das Leben eines Kindes nicht nöthig sei der Beweis, dass das Kind geschrieen habe, d. h. dass das Leben auch durch die bewiesene Aeusserung irgend anderer Lebenszeichen als bewiesen betrachtet werde, und

Digitized by Google

zuletzt ist noch aufmerksam gemacht auf die zur Rechtsfähigkeit erforderlichen Requisite. Ich setze die Stellen wörtlich hierher; sie lauten:

a) § 1 J. de exher. lib. 2,13 . . . . valet quidem testamentum, sed postea adgnatione postumi sive postumæ rumpitur, et ea ratione totum infirmatur: ideoque si mulier ex qua postumus aut postuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam.

b) l. 2 C. de post. her. 6,29 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Sotericho). Uxoris abortu testamentum mariti non solvi, postumo vero præterito, quamvis natus ilico decesserit, non restitui ruptum evidentissimi juris est. (S. XII k. Mart. Sirmi CC. conss. [a. 294]).

c) l. 3 C. eod. (Imp. Justinianus A. Juliano pp.) Quod certatum est apud veteres nos decidimus. cum igitur is qui in ventre portabatur, præteritus fuerat, qui si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum antecederet et nascendo ruptum testamentum faciebat, si postumus in hunc quidem orbem devolutus est, voce autem non emissa ab hac luce subtractus est, dubitabatur, si is postumus ruptum facere testamentum potest.

§ 1: Veteres animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit, cumque Sabiniani existimabant, si vivus natus est et si vocem non emisit, ruptum testamentum, apparet, quod, et si mutus fuerat, hoc ipsum faciebat, eorum etiam nos laudamus sententiam et sancimus, si vivus perfecte natus est, licet ilico postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decesserit, nihilo minus testamentum corrumpi, hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit ad nullum declinans monstrum vel prodigium. (D. XV k. Dec. Constantinopoli, Lampadio et Oreste vv. cc. conss. [a. 530]).

Digitized by Google

In diesen Gesetzen und namentlich deutlich in den beiden zuerst angeführten, sagt nun Wächter (II. § 10 S. 8), ist der abortus dem postumus gegenübergestellt und so klar anerkannt, dass der abortus keine Person und folglich nicht rechtsfähig ist, dass selbst die Gegner der Vitalität dieses zugestehen müssen. Auch Savigny räumt ein, dass der abortus nach römischem Rechte Rechtssubjekt nicht sein könne, und so ist ihm nur noch ein Ausweg offen geblieben, dem Worte abortus einen zu engen Begriff beizulegen. Aber weder von ihm noch von den anderen, welche seine Ansicht über die Nichtnothwendigkeit der Lebensfähigkeit theilen, ist der Begriff dieses Wortes genügend erläutert, trotzdem ich schon vor 40 Jahren darauf aufmerksam machte, dass „totæ controversiæ nostræ dijudicatio ex abortus notione pendet."

Hierin hat nun Wächter einestheils entschieden Recht. Nach dem klaren Ausspruch der angeführten Stellen kann es nunmehr nur noch auf die Begriffsbestimmung des Wortes abortus ankommen. Wohl Niemand wird dies verneinen können, ebensowenig, als es noch Jemandem einfallen wird zu behaupten, der abortus sei rechtsfähig. Anderentheils ist die Wächter'sche Definition des abortus so sehr mit der Lehre von der „eigentlichen und uneigentlichen Vitalität" verknüpft, dass ich es für nöthig fand, meine Ansicht darüber vorauszuschicken, und sie scheint mir in ihrem Resultate sowohl als in ihrer Begründung so unbefriedigend zu sein, dass ich eine genauere Untersuchung für gerechtfertigt erachte.

Bevor ich aber näher auf den Begriff des abortus eintrete und prüfe, was an den vorhandenen Definitionen, besonders an derjenigen von Savigny und Wächter, Richtiges und Unrichtiges ist, möchte ich noch bemerken, dass es sich dabei ganz und gar nicht um medizinische Ansichten und noch weniger um eine Begriffsbestimmung des deutschen Wortes „Fehlgeburt", mit dem abortus übersetzt zu werden pflegt, handelt, sondern einzig und allein um die Frage, wie die römischen

Digitized by Google

Juristen den Ausdruck „abortus“ gebraucht haben und wie er in der Gesetzessammlung Justinians zu verstehen ist.

Savigny gibt in seiner schon oft genannten Abhandlung nicht eigentlich eine Definition des in Frage stehenden Begriffes, aber er merkt im Laufe seiner Untersuchung etwa an, wie er denselben fasst. So sagt er S. 388 Note e zu dem „septimo mense nasci perfectum partum“ von Paulus: perfectus partus kann in diesem Zusammenhange nur heissen „ein wirklich lebendes Kind im Gegensatz des abortus“, gibt aber S. 408 Note y zu, dass es wie vivus, lebend, auch vitalis, lebensfähig bedeuten könne. Sodann spricht er auf S. 392 davon, dass die Schriftsteller das nicht lebensfähige Kind als nicht rechtsfähig anerkennen, so dass es „einem todt geborenen, einem abortus,“ gleich zu achten ist. — Aber diese Auffassung ist noch eingeschränkt durch den Wortlaut des § 61, System, Bd. 2, S. 8, wo von der Entstehung der Rechtsfähigkeit die Rede ist: „Noch weniger hat es [das geborene Wesen] solche haben können, wenn es schon vor dem Anfang der Geburt todt war, sei es nun zu früh geboren (abortus) oder . . . . .“

Aus diesem Angeführten ergibt sich, dass Savigny unter abortus ein vor der Zeit todt geborenes Kind versteht, eine todte Frühgeburt; zu beachten: also immer eine Todtgeburt, aber auch nur eine solche, wo das Kind zu früh geboren und schon vor Beginn der Geburt todt war. (So versteht auch Wächter seine Ansicht.) Savigny unterscheidet also nur todt und lebend Geborene und fasst von den ersteren diejenigen unter den Begriff des abortus zusammen, die vor Anfang des zu früh eintretenden Geburtsaktes schon todt sind. Neben dem „abortus“ sind dann drei Fälle der „Todtgeburt“ möglich: ein Kind stirbt während der Geburt, gleichviel ob diese zu früh oder rechtzeitig erfolgt, oder es wird als bereits todtes, aber zur rechten Zeit geboren. Solche Kinder (wenn diese Bezeichnung für sie angewendet werden darf) sind natürlich nicht rechtsfähig, sondern werden als nicht erzeugt und

Digitized by Google

nicht geboren betrachtet (l. 129 D. de V. S. 50,16). Ebenso sind nicht rechtsfähig die abortus nach l. 2 C. cit. Alle lebend Geborenen aber sind fähig, Träger von Rechten zu sein; denn die Gesetze sprechen nur den Todtgeburten und dem abortus die Rechtssubjectivität ab.

Wächter und die meisten neuern Schriftsteller haben an dieser Darlegung Anstand genommen und kommen auf Grund der gleichen Gesetzesstellen zu einem wesentlich verschiedenen Resultate dadurch, dass sie den Begriff des abortus weiter fassen. Savigny gegenüber behaupten sie, dass abortus nicht blos die schon vor Beginn der Geburt todten, zu früh Geborenen bezeichnen könne, sondern dass das Wort dazu noch die während der zu frühen Geburt sterbenden und sogar die lebenden aber nicht lebensfähigen zu früh geborenen Kinder in sich schliesse. Diese letzteren gehen dem sicheren Tode, der schnell eintreten müsse, entgegen und seien desshalb so gut abortus zu nennen als Todtgeborene. Man hat hier also zu unterscheiden: Rechtzeitig Geborene; diese sind, wenn nur lebend geboren, rechtsfähig, ohne Rücksicht auf Vitalität (die hier nur eine „uneigentliche" sein kann). Zu früh Geborene; diese sind nur dann rechtsfähig, wenn sie nicht nur lebend, sondern auch lebensfähig sind; denn hier ist die Lebensfähigkeit im „eigentlichen Sinne" nöthig. Alle zu früh geborenen und desshalb lebensunfähigen Kinder sind abortus: Ein abortus kann also sehr wohl auch lebend zur Welt kommen.

Zu zeigen, dass das im eigentlichen Sinne lebensunfähige Kind der todtgeborenen Frühgeburt gleichzustellen und beide unter den Begriff des abortus zusammenzufassen seien, war die Aufgabe, welche Wächter sich in seinen Programmen gestellt.

Diesen beiden Ansichten zweier grosser Autoritäten ist gegenübergestellt worden eine dritte Meinung, die im Resultat mit Savigny übereinstimmt, aber in ihrer Begründung von ihm sowohl als von Wächter abweicht, indem sie den Begriff des

Digitized by Google

abortus diesem gegenüber beschränkt, jenem gegenüber erweitert. Danach ist es gleichgültig, ob das Kind schon vor Beginn der Geburt todt war, oder erst während des Geburtsaktes starb; denn auch im letztern Falle ist es ein abortus. Es darf aber nach der vollständigen Trennung vom Mutterleibe nicht mehr gelebt haben, wenn jene Bezeichnung noch Anwendung finden soll. Die Vertreter dieser Ansicht halten also blos auseinander: Lebendgeborene, die ohne weitere Unterscheidung stets rechtsfähig sind, und Todtgeborene, welche nicht Rechtssubjekte werden können.

Ob nun unter abortus alle Todtgeburten schlechthin verstanden werden, erhellt aus den Meisten nicht mit Gewissheit. Da sich die Streitfrage der Vitalität nur auf lebensunfähige Frühgeburten bezieht, während man den lebensunfähigen reifen Kindern Persönlichkeit zugesteht und die Todtgeborenen nie als Personen betrachtet hat, fühlte man sich nicht veranlasst, noch ausdrücklich zu erklären, ob man unter abortus auch reife todtgeborene Kinder verstehe oder nur todte Frühgeburten. Nach den Ausführungen eines Keller und Vangerow glaube ich Ersteres annehmen zu dürfen, um so mehr, da es meines Erachtens den Quellen entspricht, wie ich bald zu zeigen versuchen werde. Bestimmt kann ich es aber behaupten von Hölder, a. a . O., S. 99, und Sarrazin, a. a. O., S. 17. Ich trete dieser dritten Meinung bei und glaube, mit dem Worte abortus sei in den Quellen jedes todtgeborene Kind bezeichnet, im Gegensatz zum lebend geborenen.

Wächter nimmt zum Beweise seiner Ansicht über das Vitalitätserforderniss indirekt, d. h. zur Begriffsbestimmung des abortus, von der die Entscheidung unserer Frage abhängt, namentlich diejenigen Stellen zu Hülfe, welche massgebend sind für die Vaterschaftsvermuthung und für das jus liberorum, trotz dem er früher diese Beweismittel zurückgewiesen hatte. Auch Gellius und Plinius werden in Betracht gezogen.

Digitized by Google

Dass aber die Bemerkung dieses Letzteren in seiner Hist. Nat. l. 7, c. 4 (al. 5) wegen der Willkürlichkeit der Anwendung von nasci, vitalis est und gigni juristisch nicht von Bedeutung sein kann noch will, hat Savigny (S. 401) klar dargelegt, und es muss ihm um so mehr Recht gegeben werden, als Plinius sich grösstentheils nicht einmal auf eigene Beobachtung, sondern nur auf alte Traditionen stützt. Und wenn derselbe Schriftsteller im gleichen Werke (l. 12, 2) mit dem Worte abortus, von Pflanzen, Thieren und Menschen redend, nicht das Todte, sondern das Unreife, Vorzeitige, gleichviel ob lebend oder todt, bezeichnet, so mag nach dem Stand der damaligen Naturwissenschaft dieses Alles sehr richtig sein, berechtigt aber nicht zum Schlusse, dass das Wort im speziell juristischen Sinne dieselbe umfassende Bedeutung gehabt habe, wie im allgemein naturwissenschaftlichen.

Wichtiger ist die Stelle aus Gellius, Noct. Att. III, 16: .... Memini ego Romae accurate hoc atque solicite quaesitum, negotio non rei tunc parvae postulante, an octavo mense infans ex utero vivus editus et statim mortuus jus trium liberorum supplevisset; quum abortio quibusdam, non partus, videretur mensis octavi intempestivitas ....

Schon hier, sagt Wächter, ist, wie in noch andern Stellen (die anzuführen ich bald Gelegenheit haben werde), der abortus dem partus entgegengesetzt. Aber nirgends findet man abortus und partus vivus einander gegenüber gestellt, woraus sich allerdings ergeben würde, dass abortus nur Todtgeborene bezeichne. Ganz richtig. Aus diesen Worten des Gellius ergiebt sich nicht gerade, dass der Begriff des abortus alles lebend Geborene ausschliesse. Aber etwas anderes lässt sich doch daraus folgern.

Es handelt sich hier um ein sog. Achtmonatkind, das gleich nach der Geburt starb. Eine Prozesspartei behauptet nun, ein solches Kind könne beim jus liberorum nicht mitgerechnet werden, da es ein abortus sei. Ein Entscheid ist leider nicht

Digitized by Google

mitgetheilt. Aber wenn ein zwar lebend geborenes, jedoch wegen mangelnder Reife sofort gestorbenes Kind ohne Weiteres als abortus zu betrachten wäre, so hätte sich dieser Streit gar nicht entspinnen können; denn intempestivitas und statim mortuus ist im Thatbestand festgestellt. Der Ausdruck quibusdam videretur deutet sogar an, dass solche Kinder als abortus zu betrachten gar nicht allgemeine Ansicht war; denn quibusdam heisst nur „gewissen Leuten"; es ist nicht gesagt nonnullis, woraus man sogar annehmen darf, der Referent habe hier selbst nicht der von ihm berichteten Meinung beigepflichtet.

Sodann war natürlich dieses Kind, das wegen mangelnder Reife starb, nicht lebensfähig, sondern lebensunfähig im „eigentlichen Sinne". Wäre es nun bei der Beurtheilung eines abortus im mindesten auf Vitalität angekommen, d. h. wäre solche zum Begriffe des partus erforderlich, mit welchem Schein von Recht hätte die Mutter hier behaupten können, ihr nicht vitales Kind sei doch ein partus und kein abortus? Würde sie wohl auf solcher Grundlage einen Prozess gewagt haben?

Also: Lebensfähigkeit braucht es nicht, um die Bezeichnung abortus auszuschliessen, und hier handelte es sich blos darum, zu entscheiden, ob das kurze Leben des Kindes der Mutter angerechnet werden dürfe oder ob das Kind als todtgeborenes zu betrachten sei. Dass dieser Fall streitig sein konnte, ist ganz natürlich, beweist uns aber auch, dass nur das Requisit des Lebens in Betracht gezogen wurde. Weil nun das quibusdam erwarten lässt, der Prozess sei zu Gunsten der Mutter entschieden worden, darf man mit ziemlicher Sicherheit annehmen, dass nach der damals herrschenden Meinung dieses Kind ein partus war, und dass man nur Todtgeborene als abortus bezeichnete. Mindestens spricht auch noch der Umstand dafür, dass in l. 3 C. cit. für das heutige Pandektenrecht die berühmte Schreikontroverse in dem Sinne entschieden worden ist, wie ich mir das Urtheil über den angeführten Fall denke.

Digitized by Google

Doch Wächter beruft sich ferner auf l. 1 § 27 D. de ventre in poss. 37, 9: .... „aut pariat, aut abortum faciat aut certum sit eam non esse praegnatem", und auf Pauli Sent. IV, 9 § 6: „abortus vel abactus venter partum efficere non videtur", wo ebenfalls abortus und abortum facere dem partus und parere und nicht etwa dem partus vivus und vivos parere gegenübergestellt sei. Im Begriff des abortus liege nun nicht, dass das Kind bei der Geburt todt, sondern dass es nicht lebensfähig gewesen. So bedeute denn partus ein Kind, das lebensfähig war und könne nicht etwas Anderes bedeuten, weil es in Gegensatz zu abortus, zum lebensunfähigen Kinde, gestellt sei.

Dieses Argument enthält eine leicht ersichtliche petitio principii. Mit grösserer Berechtigung darf gesagt werden, partus fasse alle lebend geborenen Kinder in sich, ohne Rücksicht auf Vitalität, und so müsse sich der ihm entgegengesetzte Ausdruck abortus auf alle Todtgeborenen beschränken und könne nicht auch lebende Lebensunfähige in sich begreifen. Oben habe ich gezeigt, dass es auf Lebensfähigkeit beim abortus nicht ankommen könne und lebend geborene Kinder ohne Unterschied ihrer Vitalität oder Nichtvitalität abortus zu nennen, wird denn doch wohl Niemandem einfallen. Aber noch ein weiterer Umstand rechtfertigt, wie ich glaube, meinen obigen Schluss.

Unbestrittenermassen ist den abortus alle Rechtsfähigkeit abgesprochen und sie werden als nicht geboren angesehen. Nun heisst es in l. 129 D. de V. S. 50, 16: Qui mortui nascuntur neque nati neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt. Es gilt demnach von den Todtgeborenen rechtlich genau dasselbe, wie vom abortus, warum sollten beide Ausdrücke etwas Verschiedenes bedeuten? Würde das römische Recht, das hier so klar und ausdrücklich etwas Selbstverständliches sagt, sich nicht bewogen gefühlt haben, eben so klar und unmissverständlich sich auszudrücken, wo es etwas Besonderes und Seltsames rechtlich feststellen wollte? — Todt-

Digitized by Google

geborene sind als rechtlich nicht in Betracht kommend hingestellt, quia nunquam liberi appellari potuerunt. Lässt diese Begründung sich auch auf den abortus in der Bedeutung, die Wächter ihm giebt, anwenden? Werden Eltern das geborene Wesen, das einige Zeit, vielleicht gar einige Tage lebt, nicht „Kind" nennen, weil es wegen Unreife dem baldigen Tode entgegengeht? Kann das Recht nun sagen: Euch ist kein Kind geboren worden und keines gestorben, es war nur ein abortus?

Das Wort partus bezeichnet die Leibesfrucht und kann für die ungeborene wie für die geborene gebraucht werden (l. 1 § 1 D. 25, 4; l. 9 § 1 D. 35, 2; l. 8 D. 48, 8; l. 39 D. 48, 19). Wo aber letzteres der Fall ist, kann es nur die lebende Frucht, bez. das lebende Kind bedeuten, weil der mortuus natus rechtlich ein Nichts ist und nie partus genannt wird. Es ist desshalb nicht nöthig, wie Wächter meint, den abortus dem partus vivus entgegenzusetzen, da der Begriff vivus im Worte partus allemal enthalten ist, wenn es sich um Geborene handelt und nichts weiter bemerkt ist. Ist von Todtgeborenen die Rede und soll doch der Ausdruck parere gebraucht werden, so steht, wie in l. 8 § 1 D. de suis et leg. 38, 16 stets mortuum parere, mortuum peperisset. Also heisst parere, wo es allein steht, einen Lebenden gebären, „lebend gebären" und erstreckt sich nicht auf diejenigen Fälle, in denen todte Früchte zur Welt kommen. So findet es sich gebraucht in l. 1 § 27 cit., wo von der dem venter ertheilten bonorum possessio gesagt ist, sie dauere so lange, bis das aut pariat aut abortum faciat aut certum sit eam non esse praegnatem, d. h. bis die Entstehung eines rechtsfähigen Menschen aus diesem venter oder die Unmöglichkeit dieser Entstehung erwiesen ist. Ist die Schwangerschaft festgestellt, so sind nach dem klaren Ausdruck dieser Stelle nur zwei Möglichkeiten gegeben, nämlich parere oder abortum facere. Dieses parere fasst auch diejenigen Fälle in sich, wo ärztliche Kunst auf dem nicht natürlichen Wege ein lebendes Kind zur Welt befördert (l. 12 D. de lib. et post. 28, 2; l. 141 D.

Digitized by Google

de V. S. 50, 16), schliesst aber lebensunfähig Geborene nicht aus. Keine Stelle, welche Bezug auf unsere Frage hat, rechtfertigt die Wächter'sche Definition des abortus; ich finde mindestens keine, aus der sich begründet schliessen liesse, dass lebende aber nicht lebensfähige Kinder zu den abortus gerechnet worden wären, man mag jenes Wort denn im eigentlichen oder uneigentlichen Sinne verstehen. Dass aber der römische Gegensatz des abortus und partus Todtgeborene von den Lebendgeborenen trennen wollte, und nicht Lebensunfähige und Lebensfähige von einander schied, scheint mir bestimmt aus l. 8 § 1 cit. bewiesen werden zu können.

Sie heisst wörtlich: Si quis praegnatem uxorem reliquisset et matrem et sororem, si viva uxore mater mortua fuisset, deinde uxor mortuum peperisset, ad sororem solam legitima hereditas pertinet, quia certum esset matrem eo tempore decessisse, quo legitima heredites ad eam non pertinebat.

Die Schwester des verstorbenen Gatten wird also einzige Erbin desselben, wenn die Mutter zu einer Zeit stirbt, da noch die ganze Erbschaft dem venter reservirt bleibt, die Wittwe aber keinen Erben, sondern eine todte Frucht gebiert. — Es heisst hier ausdrücklich uxor mortuum peperisset. In allen anderen Stellen, die von einem zu erwartenden Erben reden, der dann nicht erbfähig geboren wird, oder die sonst über die Rechtsfähigkeit entscheiden, wird der Ausdruck abortus, abortum facere, gebraucht. Allerdings ist nicht speziell von der Rechtsfähigkeit des Kindes die Rede, sondern von dem Ausschluss seiner Grossmutter von der Erbschaft; aber der Umstand, dass kein rechtsfähiger Erbe geboren wird, ist nothwendige Voraussetzung der hier entschiedenen Frage und Bedingung der Berufung der Schwester des Verstorbenen. Wenn die hinterlassene Wittwe einen Lebenden geboren hätte, wäre der Geborene Erbe seines Vaters geworden, was sich argumento a contrario ergiebt. Dasselbe wie vom mortuus natus gilt vom abortus; dies ist anerkannt in den Eingangs dieses Abschnittes

Digitized by Google

angebrachten Entscheidungen. Also daraus, dass es auf Vitalität für den Begriff des abortus nicht ankommt, dass abortus im Gegensatz zu partus gebraucht wird, welches ein lebendes Kind bezeichnet, sobald es sich um Geborene handelt und dass der abortus der gleichen rechtlichen Behandlung wie der mortuus natus unterliegt, ja in Gesetzesstellen im gleichen Sinne und Zusammenhange gebraucht wird, ergibt sich, dass abortus und mortuus natus gleichbedeutend sind.

Wächter benutzt sodann die Stellen des Paulus über Vaterschaftspräsumtion und jus liberorum, indem er dabei von der gleichen Gegenüberstellung des abortus und partus ausgeht. Es sind dies:

a) Paul. Sent. IV, 9 § 1: Matres tam ingenuae quam libertinae cives Romanae, ut jus liberorum consecutae videantur, ter et quater peperisse sufficiet, dummodo vivos et pleni temporis pariant.

§ 5 eod: Septimo mense natus matri prodest; ratio enim Pythagoraei etc.

§ 6 eod: Aborsus vel abactus venter partum efficere non videtur.

b) l. 12 D. de statu hom. 1,5: Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi vivi Hippocratis: et ideo credendum est eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, filium justum esse (Paulus, lib. X. respons.).

c) l. 3 § 12 D. de suis et legit. 38,16: De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et divus Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum nec videri in servitutem conceptum cum mater ipsius ante diem centesimum octogesimum secundum esset manumissa. (Ulpian lib. XIV. ad Sab.)

Was bedeutet nun perfectus partus? Heisst es, wie Wächter annimmt, lebensfähiges, oder wie Savigny es auffasst, blos lebendes Kind oder keines von beiden?

Digitized by Google

Wächter sagt, die Stelle wäre ganz sinnlos, wenn perfectus partus mit lebendes Kind übersetzt würde; es hiesse dann: Im siebenten Monat wird ein Kind lebendig geboren und desshalb ist anzunehmen, dass ein in gültiger Ehe nach 181 Tagen geborenes Kind ein eheliches sei. Wie hängt nun die Ehelichkeit eines Kindes mit seinem Leben zusammen, da es bei ihrer Vermuthung auf die Reife ankommt? Die l. 12 cit. entscheide nur die Frage, ob ein im siebenten Monat der Ehe geborener partus perfectus ehelich sei, ob also in sechs vollen Monaten eine Leibesfrucht zum partus perfectus heranreifen könne und der Ehemann sie desshalb anzuerkennen habe. Darnach lasse sich denn dieser Ausdruck nicht anders als mit lebensfähig übersetzen. Dass im siebenten Monat eine Frucht lebend zur Welt kommen könne, daran habe man nicht gezweifelt; der Streit habe sich schon bei den Römern um die Lebensfähigkeit eines solchen Kindes gedreht und Hippokrates habe ihn bejahend entschieden.

Ich glaube nun nicht, dass der Ausdruck perfectus partus überhaupt irgend welche Rücksicht nimmt weder auf das Leben noch auf die Vitalität der im siebenten Monate Geborenen. Die Bezeichnung partus perfectus hat nichts anderes im Auge als die äussere Beschaffenheit der Frucht. Offenbar wäre es gleich sinnlos, durch ein Gesetz festzustellen, dass nach 181 Tage dauernder Schwangerschaft die Kinder lebensfähig geboren werden, als dass sie nach diesem Zeitraum lebend zur Welt kommen. Letzteres wird geradezu viel häufiger der Fall sein als ersteres, und Lebensfähigkeit ist weit schwieriger zu konstatiren als Leben. Ganz sicher wird sie oft nur durch den wirklichen Erfolg des längern Fortsetzens des Lebens bewiesen; denn wie es vorkommen kann, dass ein blos 180 Tage oder noch weniger lang im Mutterleibe getragenes Wesen durch sachgemässe Behandlung am Leben erhalten wird (vgl. Fabrice, Lehre von Kindesabtreibung und Kindestödtung, S. 276 und 277, wo mehrere Fälle aufgezählt sind, in denen vor Anfang

Digitized by Google

des siebenten Monats Geborene einige Tage, ja Monate und Jahre lang lebten, und Casper-Liman a. a. O. § 4), so wird noch öfter der Fall eintreten, dass Kinder, die bis 210 und mehr Tage im Mutterleibe waren, sich nicht lebensfähig erweisen. Und eine so unsichere Thatsache hätten die Römer durch ein so unpraktisches Gesetz feststellen und davon die Ehre der Frauen und die Ruhe der Familien abhängig machen wollen? Wenn es ihnen um Lebensfähigkeit zu thun gewesen wäre, würden sie dieselbe nicht auf einem so unsichern und weiten Umwege verlangt haben, da sie sicherer und mit nicht mehr Mühe das gleiche Ziel direkt erreicht hätten. Statt dass der Jurist im Gesetze auf Grund medizinischer Beobachtungen die Reifezeit des Kindes bestimmte und der Arzt nun im einzelnen Fall dasselbe untersuchte und sagte: es ist reif, folglich hat es mindestens 181 Tage im Mutterleibe sich aufgehalten und ist also nach unserm Gesetz lebensfähig, hätte es nichts weiter bedurft als einer klaren gesetzlichen Bestimmung, dass lebensfähige Kinder, frühestens im siebenten Monat nach Eingehung der Ehe geboren, als ehelich zu betrachten seien, und der Arzt hätte nur nach medizinischen Grundsätzen ohne Rücksicht auf gesetzliche Zeitbestimmung zu erklären gehabt, ob das ihm vorgewiesene Kind lebensfähig sei oder nicht.

Aber das römische Recht wollte die wichtige Frage der Ehelichkeit nicht durch das unsichere und mit der Zeit der Schwangerschaft nicht immer übereinstimmende Merkmal der Vitalität entscheiden lassen, und es hat denn auch meines Erachtens wirklich weit bestimmtere Voraussetzungen aufgestellt. Perfectus partus bezeichnet nämlich weder ein lebendes noch ein lebensfähiges Kind, sondern ein solches, das die äussern Zeichen der allgemeinen Reife an sich trägt. Ein Kind, welches diesem Erforderniss genügt, wird zwar auch meist vital sein, aber nicht immer und nicht nothwendig, da beide Eigenschaften von einander verschieden sind. Auf Vitalität kommt es also beim partus perfectus nicht an; ja das Geborene kann sogar

Digitized by Google

todt sein, um in diesem Sinne noch als solcher zu gelten. Denn die Stellen haben nicht die Rechtsfähigkeit des Kindes im Auge, sondern seine Ehelichkeit, und diese zu bestimmen wird bei Todtgeborenen oft eben so wichtig sein wie bei Lebenden, sobald es sich z. B. um die Ehre der Mutter u. s. w. handelt.

Dass das Kind lebensfähig ist, wird wohl der häufigste Fall des partus perfectus sein, ist aber nur ein Fall desselben. Es kann lebend, aber nicht vital, oder nur im „uneigentlichen Sinne" lebensunfähig sein oder, wie gesagt, sogar todt. Das aber ist die Hauptsache, dass es die äusseren Zeichen der allgemeinen Reife an sich trage. Und wenn nun das Recht, nach Hippokrates Beobachtungen, annimmt, dass das Kind diese Reifezeichen in mindestens 181 Tagen erlange, so stimmt dies ziemlich mit den Ansichten der neuern Aerzte überein. Einige Wochen allerdings sind zu Gunsten der Vaterschaftspräsumtion abgerechnet worden.

Liman sagt in Caspers Handbuch Bd. 2, S. 823: „Der achte Monat ist der wichtigste unter allen im Fruchtleben für forensische Zwecke, weil mit dem Ende der dreissigsten Woche (210 Tage) unzweifelhaft, und nach der gesetzlichen Annahme, die Lebensfähigkeit der Frucht beginnt. Sie ist um diese Zeit 39—41,5 cm. lang und 1500—2500 Gramm (3—5 Pfund) schwer. Die Hauptkriterien sind jetzt hellere Fleischfarbe als früher, Verschwundensein der Pupillarmembran und Herabtreten der Hoden in's Scrotum oder wenigstens bis in den Bauchring hinein. Die Nabelschnur inserirt sich höher hinauf am Bauch. Die Schamspalte, weit geöffnet, lässt noch die Clitoris deutlich wahrnehmen. Die Nägel sind fast bis an die Spitzen der Finger hinaufgewachsen. Der Oberarm ist 5 bis 5,2 cm. lang, der Radius 4—4,2 cm., die Ulna 4,8—5 cm., das Femur 5,2 cm., Tibia und Fibula 4,8—5 cm. Es beginnt die Verknöcherung des letzten Sacralwirbels und die Knochenfächer in den Zahnzellen treten auf."

Digitized by Google

Ungefähr dieselben Beobachtungen wird Hippokrates gemacht haben, und wo er alle diese Merkmale fand, besonders die äusserlich erkennbaren davon, nannte er das Kind perfectus partus, ob es dann lebend oder todt oder vital oder nicht vital war. Ob Hippokrates weiter noch Grade der Reife unterschied oder nicht, und die damit zusammenhängende Frage, ob und inwieweit die Vaterschaftsvermuthung eine sog. praesumtio juris et de jure oder blos eine praesumtio juris war, berührt die Vitalitätskontroverse weniger. Wenn auch nach römischem Rechte vielleicht im ersteren Sinne zu entscheiden ist, so dürfte dies doch, wie Sarrazin a. a. O. S. 11—15 ausführt, in unserer Zeit bei dem gewaltigen Fortschritt der medizinischen Wissenschaft höchst ungerecht sein und zu bedauernswerthen Konsequenzen führen.

Wird nun ein obgenannte Reifezeichen an sich tragendes Kind mindestens volle sechs Monate nach Eingehung der Ehe geboren, so ist es als ehelich anzuerkennen. Was ist nun Rechtens, wenn ein solches reifes Kind todt geboren wird, wenn der Ausdruck perfectus partus nur lebende oder gar nur lebensfähige Kinder bezeichnen soll?

Uebrigens betrifft die Stelle nur die Präsumtion der Paternität und sagt als solche nichts mehr und nichts weniger, als dass ein Kind, welches als partus perfectus mit den äussern Zeichen der Reife nach dem 181. Tage seit Beginn der Ehe geboren werde, als ehelich zu vermuthen sei, nicht aber dann, wenn es so weit herangereift, vor dem 182. Tage zur Welt kommt. Wäre partus perfectus mit lebensfähiges Kind zu übersetzen, so würde ein Gebornes, das alle diese Reifezeichen hat, aber bald nach der Geburt verstirbt, also nicht lebensfähig ist, auch als nicht ehelich zu betrachten sein, trotzdem es nach dem 181. Tage der Ehe geboren worden. — Die Frist der abgelaufenen sechs Monate ist im einzelnen Falle ziemlich irrelevant. Der Tag der Konzeption wird nur sehr selten ganz sicher, meist nur annähernd genau ermittelt werden können.

Digitized by Google

Der Arzt hält sich bei seiner Beurtheilung an die Zeichen der Reife, und so wird er gewöhnlich nicht auf den Tag genau angeben können, wie lange das Kind im Mutterleibe war. Und dieser aus den Reifezeichen abgeleiteten Zeitbestimmung würde nun die Vitalität nicht immer entsprechen. Sie wird ein Mal fehlen, wo 182 Tage überschritten sind und vielleicht ein ander Mal vorhanden sein, wo sie noch nicht erreicht wurden.

Perfectus partus bezeichnet also ein Kind, welches die oben angeführten äussern Reifezeichen an sich trägt oder nach gesetzlicher Annahme mindestens 181 Tage im Mutterleibe war, nicht aber ein lebensfähiges Kind, und Wächters Benennung partus perfectus s. maturus s. vitalis ist nicht quellenmässig, folglich auch nicht richtig seine Behauptung, dass Vitalität zur Paternitätspräsumtion irgend Bezug habe; denn perfectus partus ist nicht gleichbedeutend mit vitalis und letzterer Ausdruck kommt nirgends vor.

Die Lebensfähigkeit tritt bei einem Kinde früher, bei einem anderen später ein, je nach Umständen. Und Liman sagt sogar, dass sie zweifellos erst mit dem Ende der 30. Woche (210 Tage) vorhanden sei. Aber die äussern Reifezeichen treten immer um dieselbe Zeit auf und können vorhanden sein am kleinen, schwachen, nicht lebensfähigen Kinde, das vielleicht blos drei Pfund wiegt, wie am grösseren, stärkeren und schwereren, das vital ist, wenn nur beide 30 Wochen im Mutterleibe waren. So gibt die Reife einen sichern Anhaltspunkt zur Berechnung der Zeit der Schwangerschaft und Vermuthung der Paternität, nicht aber die Lebensfähigkeit. Die Begriffe von Reife im angegebenen Sinne und von Vitalität in ihrer heutigen Bedeutung sind eben nicht identisch und dürfen einander nicht gleichgestellt werden.

In diesem Sinne ist denn auch die andere Stelle des Paulus zu erklären, in welcher er vom jus liberorum spricht und sagt, eine Frau müsse, um dasselbe zu erlangen, drei oder, wenn sie eine libertina ist, vier Mal geboren haben.

Digitized by Google

Nimmt man mit Wächter und Savigny an, das vivos et pleni temporis in § 1 h. t. sei mit lebend und lebensfähig wieder zu geben, und zieht man die Bestimmung in § 5 eod. in Betracht, wonach das plenum tempus volle sechs Monate beträgt, so folgt daraus mit Nothwendigkeit, dass die Römer alles nach dem sechsten Monat Geborene ohne Unterschied zum jus liberorum anrechneten, vorausgesetzt, es sei lebend geboren, hingegen alles, was vor dem Anfang des siebenten Monats zur Welt kam, gleichviel ob lebend oder todt, nicht in Betracht zogen. Dadurch wäre jede weitere Bestimmung über abortus (und abactus), sofern man darunter auch lebende, vor dem siebenten Monat, also lebensunfähig geborene Kinder verstand, mehr als überflüssig gewesen. Aus diesem Grunde und desswegen, weil auch hier von der Ermittelung der Lebensfähigkeit, von der Rechtsunsicherheit und subjektiven Willkür das schon Gesagte gilt, glaube ich, die Stelle hat einen etwas andern Zusammenhang.

Wie die Uebereinstimmung der Zeitrechnung (septimo mense) hier und bei der Vaterschaftspräsumption vermuthen lässt, wollte Paulus mit diesem pleni temporis nichts anderes sagen, als anderorts mit dem partus perfectus. Da ein partus perfectus, wie ich gezeigt habe, auch todt zur Welt kommen kann, verlangt das Gesetz hier speziell vivos et pleni temporis. Es wird also angerechnet nur ein lebendes Kind, welches die äussern Zeichen der Reife an sich trägt, also ein lebender partus perfectus. Aber diese objektiven Merkmale des Kindes genügen nicht; es müssen noch hinzukommen subjektive auf Seiten der Mutter. Solches schliesse ich aus dem dummodo vivos et pleni temporis pariat und aus dem ter et quater peperisse, sowie aus andern Aussprüchen, die ich zur Erklärung bald anführen werde. Nur diese letztern Worte, das pariat und peperisse, können noch einer Erläuterung bedürfen; denn vivus ist unmissverständlich und pleni temporis durch septimo mense genügend erklärt. Diese Erläuterung giebt der Jurist

Digitized by Google

denn auch in § 6 seines Kommentars: aborsus vel abactus venter partum efficere non videtur, dessen Wortlaut schon erkennen lässt, dass hier partus, bez. parere näher bestimmt werden soll. Dieses parere ist auch an andern Orten gesetzlich erklärt. Die l. 135 D. de V. S. 50,16 sagt, dass auch ein monstrum oder prodigium und ein debilis etc. der Mutter als partus angerechnet werden solle, quia enixa est, und l. 12 D. de lib. et post. betrachtet ein durch den Kaiserschnitt zur Welt befördertes Kind als „filium natum", also gewiss auch als partus, während l. 132 § 1 D, de V. S. verneint, dass diejenige „geboren habe", der nach ihrem Tode das Kind herausgeschnitten wurde. Keine dieser Stellen verlangt für den Begriff des partus die Lebensfähigkeit, ja die erste schliesst Vitalität geradezu aus, und keine rechtfertigt die Wächter'sche Folgerung, dass die Anrechnung zum jus liberorum nur ein Ausfluss der Rechtsfähigkeit sei, zu welcher Vitalität ein nothwendiges Erforderniss bilde. Dieser Ansicht widersprechen offen l. 135 cit. und § 2 des Paulinischen Gesetzeskommentars; denn erstere rechnet, allerdings gegen Paulus l. c. § 3, unstreitig nicht rechtsfähige Wesen (monstra) der Mutter an, und letztere schliesst rechtsfähige Kinder desswegen aus, weil man bei einer Drillingsgeburt von der Mutter nicht sagen kann, sie habe „drei Mal geboren", ausser es wären denn die drei partus in Zwischenräumen zur Welt gekommen.

Die Zusammenstellung des abactus und abortus durch vel lässt auf eine ähnliche, wenn nicht gleiche Bedeutung beider Worte schliessen. Wirklich braucht Paulus ein Mal in l. 38 § 5 D. de poen. 48,19 den Ausdruck abortio geradezu statt abactus. Diese Anwendung ist meines Erachtens auch richtig, indem der abactus nur ein Fall des weitern Begriffes abortus ist und nur eine absichtlich mit innern oder äussern Mitteln herbeigeführte abortio bezeichnet. Zum abactus gehört nun noch die Absicht, die Leibesfrucht zu vernichten oder wie sich die Quellen ausdrücken, den Mann der Kinder zu berauben, ihn um seine Hoff-

Digitized by Google

nung zu betrügen (l. 4 D. de extra. crim. 47,11; l. 39 D. de poen. 48,19). Wenn nun auch das römische Strafrecht den Versuch, ja den konstatirten verbrecherischen Willen gleich dem vollendeten Verbrechen ahndete, so zweifle ich doch daran, dass es den blossen Willen mit dem Namen des Verbrechens selbst belegte, speziell daran, dass es ein lebend abgetriebenes Kind abactus im technischen Sinne nannte, zumal da solche Fälle ziemlich selten sind. Paulus aber redet a. a. O. nicht eigentlich vom abactus und abortus, sondern fügt dieser Bezeichnung noch venter hinzu, was anzudeuten scheint, dass er nur von todt zur Welt gekommenen Früchten spricht. Nirgend sonst wird das von der Mutter getrennte Wesen noch venter genannt, hauptsächlich dann nicht, wenn ein lebendes Kind darunter verstanden werden soll, unbeachtet seiner Vitalität. Venter deutet hier vielmehr noch die völlig unentwickelte Frucht an, die keine Lebenszeichen von sich gibt und deren Abgehen nicht Geburt genannt werden kann, welcher Ausdruck überall da passen wird, wo ein lebendes Kind zur Welt kommt.

Hier also umfasst abortus nicht, wie wenn es allein stände, alle Todtgeborenen, sondern in seiner engern Bedeutung mit venter verbunden, nur unentwickelte, todt abgehende Leibesfrüchte. Solche sind keine partus, ihr Abgehen gilt nicht als peperisse; denn dieser Ausdruck bezieht sich sowohl auf die Beschaffenheit des Geborenen als auf den Akt des Gebärens. So hat der § 6 cit. doch einigermassen eine Bedeutung, die ihn rechtfertigt, da er mindestens eine neue Erklärung giebt. Im Grunde genommen aber ist er auch so überflüssig, man mag denn das pleni temporis auffassen wie man will. Savigny, der im Endresultat der gleichen Ansicht ist, aber doch zugibt, hier bedeute pleni temporis lebensfähig, entgeht den Konsequenzen seiner Auslegung durch eine komplizirte Rechnung, die Pythagoras aufgestellt haben soll. Wächter hingegen verficht alle Folgerungen seiner Theorie mit grossem Scharfsinn. Aber er geht von einer bestimmten Auffassung des abortus

Digitized by Google

aus, der in keiner Stelle definirt ist. Wenn er aber aus den hier behandelten Aussprüchen schliesst, dass die wegen Reifemangel nicht lebensfähigen Kinder, wenn auch lebend geboren, abortus heissen, weil von diesen noch einmal speziell gesagt sei, sie würden nicht angerechnet, und weil die nach Anfang des siebenten Monats zur Welt gekommenen, wenn sie lebend sind, der Mutter nützen, so heisst das nichts anderes, als Paulus sage etwas Verschiedenes, weil er zwei Mal dasselbe sagt.

Damit man nicht aus der Zurechnung des debilis und monstrum folgere, wie dies wirklich geschehen ist, diese sei eine Folge der Rechtsfähigkeit oder werde sogar noch leichter zugelassen als letztere, ist aufmerksam gemacht auch auf die bei der Mutter erforderliche Bedingung des peperisse, und in diesem Zusammenhang sagt Paulus, das Abgehen eines abortus oder abactus venter sei keine Geburt, abgesehen davon, dass diese Früchte nicht lebend seien. Eine Gegenüberstellung zu septimo mense natus kann abortus venter nicht sein. — Durch diese Auslegung bleibt denn nur Eines noch unbestimmt. Wie ist es zu halten mit dem vivus, der nicht pleni temporis ist, der aber partus wohl genannt werden kann? Mit andern Worten: Ist ein Kind, welches lebend, aber nicht mit den erforderlichen Reifezeichen geboren wird, das also nicht volle sechs Monate wird im Mutterleibe gewesen sein, beim jus liberorum anzurechnen? Wächter sagt: es ist nach der gesetzlichen Bestimmung nicht lebensfähig, also abortus und als solcher kommt es nicht in Betracht. Trotzdem und trotz des Widerspruchs mit dem septimo mense bin ich der gegentheiligen Ansicht und zwar sowohl auf Grund meiner bisherigen Ausführung als der l. 135 cit., wo ich unter debilis nichts anderes verstehen kann, als ein solches Kind. Ursprünglich war es durch die strenge Interpretation des septimo mense allerdings ausgeschlossen, aber das Recht scheint solches als zu harte Massregel empfunden zu haben, und Ulpian erklärte, dass ein de-

Digitized by Google

bilis angerechnet werden sollte, nicht weil er lebensfähig sei, sondern weil die Eltern alles ihnen Zukommende gethan haben, um dem Gesetze zu genügen. Dass es dabei gerade auf Vitalität nicht ankam, beweist der Umstand, dass auch vom monstrum dasselbe bestimmt wurde. Der abortus blieb aber immer ausgenommen, weil er Todtgeborene bezeichnet. Wären nicht ganz andere Gesichtspunkte als die Lebensfähigkeit ausschlaggebend und würde abortus die wegen mangelnder Reife lebensunfähigen Kinder mit umfassen und ausschliessen, so müsste sich auch irgend wo eine Bestimmung über die wegen organischer Mängel nicht vitalen Kinder finden, weil die Römer diesen Fall kaum mit Stillschweigen würden übergangen haben, wenn sie die Möglichkeit der längeren Fortsetzung des Lebens zur Bedingung gemacht hätten.

Nun glaube ich zur Genüge gezeigt zu haben, dass Wächter im Widerspruch zu den Quellen das Wort abortus auch auf lebende nicht vitale Kinder ausdehnt, für die Vaterschaftsvermuthung und das jus liberorum lebensfähige Kinder verlangt und auch mit Unrecht daraus schliesst, dass dieses Requisit für die Rechtsfähigkeit ebenfalls nöthig gewesen sei. Es bleibt mir in Bezug auf das römische Recht noch zu untersuchen übrig, ob abortus in jenen Stellen, wo es dem postumus entgegengesetzt ist und die eigentlich für die Vitalitätsfrage im heutigen Sinne allein den Ausschlag geben, auch nur Todtgeborene umfasse oder dazu noch die lebenden lebensunfähigen Kinder in sich schliesse. Ich habe also hier noch die Eingangs dieses Abschnittes wörtlich wiedergegebenen Stellen genauer zu betrachten. Zu diesem Behufe nehme ich nicht das Wort abortus, sondern postumus zum Ausgangspunkte, suche diesen Begriff nach Quellenangaben zu bestimmen und daraus zu folgern, was das diesem entgegengesetzte Wort abortus im römischen Rechte, mindestens in den entscheidenden Stellen, heissen kann und muss.

Digitized by Google

Ulpian definirt in l. 3 § 1 D. de injusto rupto 28,3 den Begriff des postumus also: Postumus autem dicimus eos dumtaxat, qui post mortem parentis nascuntur. sed et hi, qui post testamentum factum in vita nascuntur, ita demum per legem Vellaeam rumpere testamentum prohibentur, si nominatim sint exheredati, und in § 3 eod. fährt er fort: Ex his apparet aliam causam esse filiorum superstitum, aliam posteriorum: illi injustum faciunt, hi rumpunt, illi semper, hi si nascuntur nec inveniunt se exheredatos. Hinzugefügt mag noch werden der Ausspruch des Gajus in l. 7 D. de reb. dub. 34,5: Utrum ita postumus partem faciat, si natus sit, an et si natus non sit, quæritur....

Diese Stellen genügen, um zu zeigen, dass postumus eigentlich nur „den nach des Vaters Tode Geborenen" in sich begriff, dass aber seine Bedeutung nach zwei Seiten sich ausdehnte, indem man auch „den nach Errichtung des Testamentes Geborenen" postumus nannte (wenn auch der Vater noch lebte) und sodann den Begriff in diesen beiden Fällen sich auch auf den erst zu Erwartenden, noch Ungeborenen, erstrecken liess, so dass man die Leibesfrucht der schwangeren Wittwe oder Gattin (wenn ein Testament schon bestand) als postumus bezeichnete. Nur auf dieser Grundlage können obige und viele andere Quellenstellen erklärt werden und nur so lässt sich von einem postumus natus und non natus reden. Immerhin muss zugegeben werden, dass dieser Sprachgebrauch nicht ganz feststehend gewesen zu sein scheint und dass namentlich manche es vermieden, den noch Ungeborenen postumus zu nennen. Aber es finden sich keine Anhaltspunkte, diese Bedeutung auszuschliessen; sie kann im Gegentheil überall angewendet werden ohne der Form oder dem Inhalt irgend Zwang anzuthun.

Vom postumus nun wird zur Ruption des Testamentes, also zu seiner Rechtsfähigkeit, nichts mehr und nichts weniger verlangt, als dass er lebend geboren werde. Wenn schon die

Digitized by Google

Frucht im Mutterleibe postumus genannt wird, so kann Lebensfähigkeit mit dem Begriffe nicht verbunden sein. Würden die Römer Lebensfähigkeit, ein vitales Kind, verlangt haben, so hätten sie es gefordert, so gut wie sie ausdrücklich lebende Geburt überall verlangen und auch zum Ueberflusse den Todtgeborenen noch alle Rechte des bestimmtesten absprechen. Leben, aber nur Leben, stellen als unbedingtes Erforderniss für den postumus auf die l. 3 § 1 cit: in vita nascuntur . . .; l. 8 D. de lib. et post. 28,2: Quod si in postumo filio idem acciderit, ut natus vivo patre a quo exheredatus sit, moriatur . . . .; l. 12 D. de injusto rupto 28,3: postumus præteritus vivo testatore natus decessit . . . . in welchen Stellen allen natus technisch gebraucht ist und lebend geboren heisst, da Todtgeborene neque nati neque procreati videntur. Vitalität ist ausgeschlossen; denn gerade obige Beispiele behandeln Fälle, wo der lebend geborene postumus bald starb. Nirgends auch findet sich eine Unterscheidung der Todesursache oder des Grundes der Lebensunfähigkeit.

Alles dies aber ist am klarsten und schärfsten ausgedrückt in der ganz hierhergehörenden l. 3 C. cit: cum igitur is, qui in ventre portabatur, præteritus fuerat, qui, si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum antecederet, et nascendo ruptum testamentum faciebat, si postumus in hunc quidem orbem devolutus est . . . .

Wie Wächter obige, den Begriff des postumus definirenden Stellen übergehen, das Wort abortus, dessen Bedeutung nirgends direkt angegeben ist, zum Ausgangspunkte wählen, seine Theorie von dem vorweggenommenen Begriffe des abortus abhängig machen und auch Angesichts der eben angeführten Worte noch aufrecht halten konnte, ja sie dadurch noch bestätigt fand, ist mir, ich muss es gestehen, ein Räthsel. Man braucht hier nicht einmal obige Definition von Ulpian zu Hülfe zu nehmen, es ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes allein schon, was unter postumus verstanden wird. Wie

Digitized by Google

hier gesagt ist, is qui in ventre portabatur, præteritus fuerat, so heisst es anderwärts postumus præteritus, und wie dieser ein Erbrecht am Vermögen seines verstorbenen Vaters hat und das ihn übergehende Testament rumpirt, so ist hier gesagt: si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri existeret, und endlich werden diese Bedingungen zusammengefasst in den Ausspruch: si postumus in hunc quidem orbem devolutus est. Das Gesetz spricht nicht, wie Wächter behauptet, vom postumus als lebensfähigem Kinde, sondern erläutert zuerst den Begriff des Ausdruckes und fordert dann weiter nichts, als dass der postumus lebend geboren worden sei.

Diese Auffassung wird unterstützt durch die vorausgeschickte, den Quellen entnommene Begriffsbestimmung, und aus alledem ergibt sich, dass im Worte postumus auf Lebensfähigkeit absolut keine Rücksicht genommen ist. Wenn daher postumus natus in § 1 J. cit. und l. 2 C. cit. nichts Anderes heissen kann, als ein „lebender Nachgeborener", so kann auch das ihm gegenübergestellte abortus nur „todte Nachgeborene" in sich begreifen, in casu, und im Allgemeinen angewendet, sich nur auf Todtgeburten beziehen. So entspricht denn das Resultat dieser Stellen dem der früheren Untersuchung — abortus ist gleich „todtgeboren". Der abortus ist nicht rechtsfähig, aber alle lebend geborenen Kinder haben (wenn sie nicht monstra sind) Persönlichkeit sofort nach der vollständigen Trennung vom Mutterleibe, ohne Unterschied, ob sie vital sind oder nicht und mithin auch ohne Unterscheidung einer „eigentlichen und uneigentlichen Vitalität".

Die Sache scheint mir um so eher entschieden zu sein, als l. 3 § 1 i. f. C. cit. noch einmal alle zur Persönlichkeit nöthigen Requisite wiederholt und zwar nach dem vivus perfecte natus noch ausdrücklich mit den Worten, die alles Weitere ausschliessen: „hoc tantummodo requirendo si vivus ad orbem totus processit ad nullum declinans monstrum vel prodigium."

Digitized by Google

Das römische Recht hat den monstra und prodigia die Rechtssubjektivität entschieden abgesprochen, vgl. l. 14 D. de statu hom. 1,5, wo von ihnen gesagt ist: non sunt liberi. Sie sind in unserer Stelle noch einmal erwähnt, weil der Gesetzgeber endgültig entscheiden und allen Zweifel ausschliessen wollte, wem Persönlichkeit zukomme und wem nicht. Er schliesst aus Todtgeborene und monstra. Nicht aber wollte er lebenden Kindern die Rechtsfähigkeit absprechen, sonst würde er auch diese noch ausgenommen haben. Er hätte ja nur das Wort abortus herzusetzen brauchen, um diesen Zweck zu erreichen, wenn abortus wirklich auch lebend Geborene in sich fasste. — Angenommen, der Kaiser habe hier unter postumus in der That nur lebensfähige Kinder verstanden, wie Wächter sagt, also nur vitale Nachgeborene, so ist es merkwürdig, dass er gerade das Lebendgeborenwerden nicht genug hervorheben kann. Ein postumus, der im Stande sein soll, sein Leben selbstständig und von der Mutter getrennt fortzusetzen, muss doch vor allem lebend geboren werden; warum ist dieses Requisit zwei- und mehrmal so ausdrücklich betont und als unerlässlich hingestellt, wenn es in einem umfassenderen Begriffe schon enthalten, also selbstverständlich sein soll? Warum ist das vivus beide Male so gestellt, dass unwillkürlich der Nachdruck darauf gelegt werden muss? Ist dies aus einem anderen Grunde geschehen, als um den Gegensatz des vivus perfecte natus zum abortus, zum Todtgeborenen, recht deutlich hervorzuheben?

Doch noch nicht genug! Es gibt noch andere Stellen, die dem Erforderniss der Vitalität und der ganzen Wächter'schen Theorie direkt widersprechen, indem sie zur Persönlichkeit des Kindes nur verlangen, dass es lebend von der Mutter vollständig getrennt sei. Solches bezeugen und bestätigen rückhaltslos:

l. 7 D. de statu hom. 1,5: Qui in utero est . . . . alii antequam nascatur (!) nequaquam prosit; l. 1 § 1 D. de inspic.

Digitized by Google

vent. 25,2: partus antequam edatur (!) mulieris portio est vel viscerum. post editum plane partum (!) . . . .; l. 19 § 2 D. de test. tut. 26,2: nisi postumus edatur (!) und weiter: sed si partus editus fuerit (!) . . . .; l. 10 D. de lib. et post. 28,2: Commodissime is qui nondum natus est, ita heres instituitur: „si vivo me sive mortuo natus fuerit (!) heres esto;" l. 3 D. de bon. poss. 37,11: Verum est onmem postumum, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit (!) . . . .; l. 3 § 9 D. de sins et leg. 38,16: . . . . is qui in utero fuerit, admittitur, si fuerit editus (!) . . . .; und l. 231 D. de V. S. 50,16: . . . . aliis autem non prodest nisi natus (!).

Dieses Endresultat meiner Untersuchung in Betreff des römischen Rechtes, dass Lebensfähigkeit für den Beginn der Persönlichkeit nicht nothwendiges Requisit sei, sondern dass ein lebend geborenes Kind, gleichviel ob vital oder nicht, rechtsfähig sei, ist nicht nur quellenmässig, sondern auch vernünftig und der Natur der Sache entsprechend.

Das einzige Hinderniss der Rechtsfähigkeit des Kindes im Mutterleibe ist nicht seine Verbindung mit der Mutter als solche, sondern der Umstand, dass es als Theil der Mutter (pars viscerum) angesehen wird und nicht als selbstständig lebend in Betracht kommen kann, da es ein selbstständiges, unabhängiges, von der Mutter getrenntes Leben noch nicht hat. Wenn das Recht dem lebend Geborenen Persönlichkeit zukommen lässt, so thut es dies nicht, weil er nun von der Mutter getrennt ist, sondern weil er nach dieser Trennung ein Wesen für sich ist, und ein selbstständiges Leben nun wirklich führt, sei es kurz oder lang. Sein eigenes, unabhängiges Dasein ist Grund seiner Rechtsfähigkeit und die Trennung von der Mutter war nur das Mittel, dieselbe zu erlangen. Nirgends ist die Rechtsfähigkeit an die Fortdauer des Lebens gebunden und ausdrücklich betont, sie komme dem Neugeborenen zu, si vivus perfecte natus est, licet ilico decessit. Nur wenn Vitalität nothwendige Voraussetzung der

Digitized by Google

Rechtsfähigkeit wäre, könnte sie vernünftigerweise zur Erlangung derselben gefordert werden; mit dem Verluste jener aber müsste dann auch diese wieder untergehen. Was das für Folgen haben würde, brauche ich wohl nicht hervorzuheben.

Da selbstständiges Dasein eines Menschen — und von einem solchen kann man mindestens im juristischen Sinne immer reden, sobald ein Kind lebend von der Mutter vollständig getrennt ist — genügt, um ihm die Anerkennung als Rechtssubjekt zu verschaffen, so kann es weiter darauf nicht ankommen, ob dieses Dasein ein längeres oder kürzeres sein wird, auch in den Fällen nicht, wo solches sicher vorausgesehen werden kann, und noch weniger wird man in Betracht ziehen dürfen, aus welchem Grunde das Leben nicht fortgesetzt zu werden vermag, ob wegen mangelnder Reife oder organischer Fehler. Das Resultat Wächter's ist, wie ich in einem früheren Abschnitt zu zeigen versucht habe, ein inkonsequentes, weil es diesen irrelevanten Unterschied macht und festhält; es ist auch, was ich hier noch kurz begründen will, ein eminent unpraktisches.

Die Lebensfähigkeit entspricht nicht so genau wie die Reifezeichen der Schwangerschaftszeit. Sie ist in einem gegebenen Falle oft sehr schwer und gar nicht sicher zu konstatiren aus den äusseren Zeichen der Reife; noch weniger an Hand eines bestimmten Zeittermins. Eine schwächliche, kränkliche Mutter wird vielleicht im achten Monat ein Kind gebären, welches, trotzdem es alle äusseren Kennzeichen des partus perfectus an sich trägt, doch so schwach und krank zur Welt kommt, dass kein Arzt es für lebensfähig erklären wird. Im Gegensatz dazu kann eine gesunde kräftige Frau am Ende des sechsten Monats ihrer Schwangerschaft einem Kinde das Leben geben, welches zwar noch nicht reif ist und nicht partus perfectus genannt werden darf, aber immerhin gross, stark und gesund genug ist, dass es durch richtige Pflege am Leben

Digitized by Google

erhalten werden kann. Auch ein für lebensfähig erklärtes Kind kann bald sterben und sich faktisch als lebensunfähig erweisen; wie auch der Fall möglich ist, dass ein für nicht vital angesehenes ein hohes Alter erreicht. Solches wird namentlich dann vorkommen, wenn man die Vitalität von einer bestimmten Dauer der Schwangerschaft abhängig machen und darnach beurtheilen will. Soll ja doch der grosse Richelieu, wie er selbst in seinen Memoiren erzählt, im fünften Monat geboren und in einem Körbchen in Baumwolle gepflegt und erhalten worden sein. Er erreichte ein Alter von 93 Jahren. Aehnliche Beispiele liessen sich aus alten und neuen Schriftstellern noch viele anführen.

Mit Recht macht Savigny geltend, dass das Erforderniss der Lebensfähigkeit zur Persönlichkeit der Rechtsunsicherheit allzu grossen Vorschub leisten würde. Es sind nämlich drei Wege offen: Entweder man bestimmt eine gesetzliche Zeit der Schwangerschaft, vor der kein Neugeborenes lebensfähig sein soll, auch wenn es lebend geboren wird, oder man überträgt es in jedem einzelnen Falle dem Arzte, direkt über das Vorhandensein der Vitalität zu entscheiden, ohne Rücksicht auf irgend einen Zeittermin sein Gutachten abzugeben. — Diese beiden Wege (den dritten werde ich unten noch behandeln) sind, genauer zugesehen, nicht so sehr von einander verschieden als es den Anschein hat und desshalb ist auf beiden den Willkürlichkeiten subjektiver Ansichten kein Riegel geschoben. Zu dieser Gefahr gesellt sich noch eine andere, der auch der gewissenhafteste Arzt nicht würde entgehen können und durch die eine neue Streitfrage heraufbeschworen würde. Sollte die Beurtheilung der Lebensfähigkeit von äussern Umständen unabhängig sein, oder sollten auch diese neben der körperlichen Beschaffenheit in's Gewicht fallen? Angenommen, es werde ein Kind geboren, das nach seinem Aussehen nicht ganz 181 Tage im Mutterleibe war. Die Eltern wohnen in einer Stadt und haben einen berühmten Spezialarzt rufen lassen. Dieser

Digitized by Google

erklärt nun, das Kind trotz seiner Unreife erhalten zu können und es gelingt ihm auch wirklich. Was ist nun hier anzunehmen, da ja dasselbe Kind auf dem Lande, wo ärztliche Hülfe nicht gleich zur Stelle ist, wegen Unreife dem sichern Tode verfiele?

Wollte man „eigentliche Vitalität" verlangen, so müsste folgerichtig auch die sog. „uneigentliche" als zur Persönlichkeit nothwendig gefordert werden, was ich oben zu zeigen versucht habe. Wie verhielte es sich dann bei solchen organischen Fehlern, die durch mehr oder minder schwierige Operationen zu heilen sind? Würde die Lebensfähigkeit zu beurtheilen sein ohne Rücksicht auf operative Hülfe, oder käme es auf den muthmasslichen oder wirklichen Erfolg der Operation an, oder auf die Art des organischen Fehlers, d. h. darauf, ob er durch mittelmässige Operationsgeschicklichkeit des Arztes vielleicht doch hätte gehoben werden können?

Die Römer sollen nach Wächter 181 Tage verlangt haben: ein nach dieser Frist geborenes Kind war bei ihnen unbedingt rechtsfähig, weil es dann eben als lebensfähig angesehen wurde. Damit wäre allerdings ein grosser Theil der Schwierigkeiten auf die Seite geschoben; denn in der Hand des Arztes läge es, je nachdem Vitalität sicher vorhanden wäre oder nicht, zu erklären, das Kind sei mehr oder weniger als 181 Tage im Mutterleibe gewesen, mit andern Worten, es sei lebensfähig oder abortus (im Sinne Wächters). Ob denn das „vitale" Kind sofort stirbt oder der „abortus" einige Tage lebt, darauf kommt es hiebei gar nicht an; denn die einmal erlangte Rechtsfähigkeit ist unabhängig davon, ob das Leben wirklich fortgesetzt werden könne oder nicht.

Aber eben in diesem Verfahren liegt eine so grosse Willkür, eine so ungerechte Inkonsequenz und eine so bedeutende Rechtsunsicherheit, dass die praktischen Römer dasselbe nie würden angewendet haben, auch wenn sie Vitalität hätten fordern wollen, und um so weniger, als ihnen noch zwei Wege

Digitized by Google

offen standen, die wohl praktischer, kürzer und sicherer sind. Sie hätten die Vitalität im einzelnen Falle können bestimmen lassen nach dem allgemeinen Aussehen (Reife, Stärke, Gewicht, Grösse, Gesundheit etc.) des Neugeborenen, ohne den leicht vom Ziele führenden Umweg eines plenum tempus oder partus perfectus (wenn sie unter diesen Ausdrücken eine mindestens 181 Tage im Mutterleibe getragene Frucht verstanden haben, was ich widerlegt zu haben glaube). Diese Beurtheilung wäre eine direkte und desshalb sichrere gewesen. Oder sie hätten es im einzelnen Fall auf den thatsächlichen Erfolg können ankommen lassen durch eine Bestimmung, dass jedes Kind als lebensfähig zu behandeln und zu betrachten sei, wenn es so und so lange nach seiner Geburt noch lebte. Dieser letztere Weg wird vielleicht die Vitalität nicht viel sicherer entscheiden als der von Wächter angegebene, indem etwa ein nicht vitales Kind als vital kann anzusehen sein; aber da der diesem entgegengesetzte Fall ausgeschlossen ist, scheint er in seinem praktischen Resultate jenem doch vorgezogen werden zu dürfen. Dem Kinde wären dabei alle Rechte bis zu diesem Zeitpunkte reservirt geblieben, wie sonst bis zu seiner Geburt, vorausgesetzt, dass es lebend geboren werde.

Das Ergebniss meiner bisherigen Untersuchung ist nun folgendes:

Das römische Recht kennt keinen Unterschied zwischen einer sog. eigentlichen und uneigentlichen Vitalität; ein solcher lässt sich auch vernunftgemäss nicht begründen.

Ebensowenig als der Ausdruck postumus im römischen Rechte auf „lebensfähige Nachgeborene“ beschränkt ist, ist das Wort abortus auf „lebende, aber lebensunfähige Neugeborene“ ausgedehnt. Abortus wird nur zur Bezeichnung Todtgeborener verwendet und postumus schliesst (wo es sich um Geborene handelt, wie partus) nur todte, aber nicht lebensunfähige lebende Kinder aus.

Digitized by Google

Von Vitalität ist im römischen Rechte, mindestens hinsichtlich der Erlangung der Rechtsfähigkeit, absolut nicht die Rede; denn wie aus den angeführten Stellen zu schliessen ist, wird dazu nur lebend geboren werden verlangt, unter Ausschluss der monstra und prodigia, keineswegs aber Lebensfähigkeit des Geborenen, da ausdrücklich bemerkt ist, es komme nicht darauf an, ob der natus ilico decessit.

Digitized by Google

Zweiter Theil.

Das deutsche Recht.

§ 6.

Das deutsche Privatrecht.

Weniger ausführlich als in den Pandektenlehrbüchern findet sich die Vitalitätsfrage in den Darstellungen des deutschen Privatrechtes behandelt; man kann wohl sagen, dass es an einer eingehenden Erörterung dieses Themas nach deutschrechtlichen Grundsätzen überhaupt fehlt. Die meisten neuern Germanisten thun dasselbe geradezu recht kurz ab und begnügen sich damit, ihre Ansicht über diesen Punkt mehr oder weniger klar und bestimmt auszusprechen, ohne das „Für und Wider" genau zu erwägen. Am fühlbarsten macht sich besonders der Mangel einer genügenden und befriedigenden Quelleninterpretation, obgleich eine solche ebenso nothwendig ist, wie im römischen Recht; denn ich vermag den Grund, wesswegen die grosse Mehrzahl der Germanisten übereinstimmend Lebensfähigkeit als zur Rechtsfähigkeit nothwendig fordern, nicht in der Schärfe und Klarheit der in Betracht kommenden Stellen, sondern nur in ihrer unzureichenden Erklärung zu finden.

Es haben sich im Sinne der Bejahung des Vitalitätserfordernisses in ihren Bearbeitungen des deutschen Privatrechtes ausgesprochen:

Phillips, Bd. 1, S. 252 (1846); Beseler, Bd. 1, S. 300 (1847); Walter, S. 53 (1855); Bluntschli, S. 29 (1864); Stobbe, Bd. 1, S. 222 (1871). —

Digitized by Google

Eichhorn, § 334 (1829) und Mittermaier, Bd. 1 § 44 a (1837) drücken sich nicht bestimmt oder mindestens unklar aus, neigen aber mehr zu der die Lebensfähigkeit fordernden Ansicht.

Renaud, Bd. 1, § 52, lässt uns über seine Meinung im Ungewissen, ebenso Gerber, § 34, und Gengler: das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen, 3. Aufl. 1876, S. 50, stellt eine gewissermassen neue Ansicht auf, da er für bestimmte Fälle Vitalität fordert, für andre nicht. Ich werde am Schlusse dieses Abschnittes noch darauf zurückkommen.

So sind es nur Maurenbrecher, Bd. 1 § 127 (1840), Hillebrand, § 15 (1849) und neuerdings Heusler in seinen Institutionen des deutschen Privatrechts (1885) Bd. 1 § 21 S. 101 ff., welche das Erforderniss der Lebensfähigkeit entschieden verneinen.

Zu bemerken ist hiezu noch, dass die Genannten alle darüber einig sind, dass die neuern deutschen Gesetzgebungen das Requisit der Lebensfähigkeit nicht aufstellen, und dass sich diese Meinungsverschiedenheiten nur auf das ältere deutsche Recht beziehen, auf welches gestützt allerdings einige, z. B. Beseler und Stobbe, auch de lege ferenda für das Vitalitätserforderniss eintreten. Meine Untersuchung hat denn auch besonders diejenigen Quellen in Betracht zu ziehen, die vor der Rezeption des römischen Rechtes und von diesem unabhängig entstanden sind. Das sind in erster Linie die zwar lateinisch geschriebenen, aber vom fremden Rechte unbeeinflusst gebliebenen leges Barbarorum. Zwar sind bei ihrem vorzugsweise strafrechtlichen Inhalte die Privatrechtsverhältnisse oft nur in allgemeinen Grundzügen behandelt und namentlich genaue Bestimmungen über Entstehung, Endigung, Inhalt und Subjecte der Rechte nicht aufgenommen. Das Suchen nach der Lösung unserer Frage ist desshalb ein fast vergebliches. Nur die lex Alamannorum und die lex Wisigothorum enthalten eine Anleitung zur Erkennung der frühmittelalterlichen Ansicht über das Vitalitäts-

Digitized by Google

requisit, wenn man aus den unbestimmten und bezüglich unserer Kontroverse schwer zu deutenden Aussprüchen im Edictum Rotharis der lex Langobardorum nicht mehr entnehmen will, als sie wirklich sagen.

Die lex Alam. (Chlotari) bestimmt in tit. 92: „Si qua mulier, quae hereditatem paternam habet, post nuptum praegnans peperit puerum et ipsa de partu (in ipsa hora) mortua fuerit et infans vivus remanserit aliquanto spatio, vel unius horae, ut possit aperire oculos et videre culmen domus et quatuor parietes et postea defunctus fuerit, hereditas materna ad patrem ejus pertinet eo tamen, si testes habet pater ejus quod vidissent illum infantem oculos aperire et potuisset culmen domus videre et quatuor parietes ....“

Diese Stelle verlangt, das Kind müsse, um erbfähig (rechtsfähig) zu sein, die Augen aufgeschlagen, den Firstbaum und die vier Wände des Hauses gesehen haben. Eine bestimmte Zeitdauer, wie lange mindestens das Kind müsse gelebt haben, findet sich nicht; denn obiges unius horae zu aliquanto spatio ist, wie das vel deutlich erkennen lässt, nur beispielsweise aufgeführt und selbst näher erklärt durch das nachfolgende ut possit etc. Es ist also ausdrücklich bestimmt, dass ein Leben, welches so lange dauert, dass das Augenaufschlagen und Sehen des Firstbaumes möglich ist, genügt, um erbfähig, folglich auch um rechtsfähig zu sein, so bald bewiesen ist, dass dies alles der Fall gewesen sei.

Genügt nun eine unter Umständen so kurze Lebensdauer zur Annahme der Lebensfähigkeit? Keineswegs! Und wenn man auch das unius horae als kürzeste gesetzlich in Betracht kommende Lebenszeit annehmen würde, so ergäbe sich hieraus noch gar nicht, dass das Gesetz Vitalität als nothwendiges Erforderniss aufstellte. Denn wenn Lebensfähigkeit das Vermögen ist, das Leben fortzusetzen, so kann von ihr da nicht die Rede sein, wo dieses Vermögen fehlt und der Tod in höchstens einer Stunde sicher eintritt.

Digitized by Google

Dass übrigens die im Gesetze genannten Erfordernisse nichts weiter sind, als zu beweisende Zeichen des Lebens (ob die einzig zulässigen oder die gewöhnlichsten und hier beispielsweise genannten oder vielleicht als die wichtigsten, bevorzugten, privilegirten, ist für die Vitalitätsfrage gleichgültig), erhellt aus dem Nachsatz, dass der Vater mit Zeugen ihr Vorhandensein beweisen muss und dass dieser Beweis dann auch absolut genügt, trotzdem damit nur Leben, nicht aber Lebensfähigkeit bewiesen wird. Ein Kind kann sehr wohl die Augen aufschlagen, den Firstbaum sehen und die vier Wände des Hauses, ohne dass es ein lebensfähiges wäre, und die Romanisten sind denn auch wirklich viel weiter gegangen, als solche Zeichen oder ein einstündiges Leben zu verlangen, wenn sie Vitalität forderten. Umgekehrt kann ein Neugeborenes für scheintodt gehalten werden, weil es keine Lebenszeichen von sich giebt. Es sind sogar Fälle vorgekommen und von anerkannten Gerichtsärzten beglaubigt worden, wo solche Kinder begraben, nach einigen Tagen wieder ausgegraben und jetzt erst zum Leben erweckt wurden. Vgl. Ziegler a. a. O. Casper-Liman a. a. O. Die lex Alaman. verlangt also nicht Vitalität, sondern nur Leben zur Rechtsfähigkeit. Und gerade von ihr gilt das oben Gesagte, dass sie nämlich von fremdem Rechte unbeeinflusst, echt germanische Anschauungen enthält. Dieses kann nicht gesagt werden von der lex Wisigothorum, welche viel römisches Recht in sich aufnahm und auch von einem anderen mächtigen Faktor nicht unberührt blieb, von der Kirche, die schon im frühen Mittelalter ihren grossen Einfluss auch im Gebiete des Rechts geltend zu machen wusste. — Stobbe findet im eben genannten Gesetze das Vitalitätsrequisit als erforderlich aufgestellt; ich kann mich dieser Ansicht nicht anschliessen.

Entscheidend sind tit. 17 und 18 im IV. Buche. Nach der Ueberschrift soll der erstere von König Receswind, der andere von dessen Vater Chindaswind herstammen. Nicht ohne Grund

Digitized by Google

nimmt Dahn, Westgoth. Studien (1874) S. 56 an, es sei hier eine Verwechselung eingetreten, indem nach dem Inhalt der Stellen zu schliessen, der Titel 17 von Chindaswind herrühren müsse und der Titel 18 als der offenbar jüngere dessen Sohn Receswind zuzuschreiben sei.

Der Titel 17 entscheidet die Streitfrage, si genitus infans, non longe post defunctus, hereditatis parentum possit jura sortiri, nach einer längeren Einleitung, in der als leitendes Prinzip der Satz aufgestellt ist: quave etiam ratione aggredietur viventium jura, cui vicinius fuit mortem adisse quam vitam? folgendermassen:

„Ut ergo proximis parentibus ad successionem hujus aditus reseretur et ipsa defuncti vita comprobetur, si vere clara sit vita, atque hanc ipsam licet parvi temporis vitam comitetur æternæ participatio vitæ, non aliter in utroque sexu hereditatem capiat qui nascitur, nisi post nativitatis ortum et sacri baptismatis gratiam consequatur et decem dierum spatiis vixisse probetur . . . .“

Der grosse kirchliche Einfluss ist hier nicht zu verkennen, leuchtet aber noch klarer aus den folgenden Worten des nämlichen Gesetzes hervor: „Sicque salutari commercio, dum hereditat ille cœlum, hereditet iste seculum: dum illi profitentur cœlestia, isti permittantur adire terrena: dumque assequitur ille vitalia, conquirat iste caduca. Ut etsi defunctus terrena hujus non potuit possidere terrenus, saltim ille cœleste lucrum valeat obtinere.“

Titel 18: „Patre defuncto si filius filiave decem sive amplius vel infra diebus vivus baptizatus ab hoc vita discesserit, quidquid ei de facultate patris competere poterat, mater sibi debeat vindicare. Itemque matre defuncta non aliter filii portionem pater obtineat, nisi natum filium filiamve decem diebus sive amplius vel infra vixisse, fuisseque baptizatos edoceat...“

Was ist nun in diesen Gesetzen für die Erb- bez. Rechtsfähigkeit des Neugebornen verlangt? Ein zehntägiges Leben

Digitized by Google

und Taufe im zuerst angeführten, Taufe und Leben von zehn Tagen sive amplius vel infra im letztgenannten Titel, der im Grossen und Ganzen die Entscheidung des vorhergehenden bestätigt. Aber während das erste Gesetz klar und deutlich genug spricht, muss man beim zweiten sich fragen, was es denn mit dem decem sive amplius vel infra diebus sagen wollte. Dahn a. a. O. S. 56 stellt die Ansicht auf, dieser Ausdruck wolle „freilich höchst ungeschickt, wohl nur sagen: zehn Tage oder mehr; denn dass die Taufe die fehlenden zehn Tage ersetzen soll, ist nicht gemeint."

Diese Auffassung kann ich nicht theilen und zwar aus mehr als einem Grunde nicht. Zunächst nämlich glaube ich, dass nach ihrem Wortlaut diese Stelle wohl kaum anders wird übersetzt werden können, als mit: „zehn oder mehr oder weniger Tage" (gelebt haben und getauft worden sein). Zwar sind damit nicht alle Schwierigkeiten überwunden; denn auch bei dieser Auslegung ist der Vorwurf des ungeschickten Ausdruckes noch gerechtfertigt, wenn auch nicht mehr in dem Masse, wie bei der Dahn'schen Interpretation, die meines Erachtens auch den Sinn des Gesetzes gar nicht wiedergibt, sondern geradezu verunstaltet. Denn wenn ein zehntägiges Leben genügt, insofern noch die Taufe hinzukommt, so wird unter derselben Voraussetzung ein mehr als zehn Tage dauerndes Leben doch wohl auch genügt haben, ohne dass dies im Gesetze noch ausdrücklich bemerkt war. Ist bewiesen, dass ein Kind am elften Tage noch lebte, so ist damit auch bewiesen, dass es zehn Tage gelebt hat, und weil letzteres und Taufe dem Gesetze Genüge thut, so wäre, im Dahn'schen Sinne aufgefasst, diese neue Bestimmung nicht nur überflüssig und sinnlos, sondern auch sinnverwirrend. Aus was für Gründen hätte Receswind dem Gesetze seines Vaters, welches so klar und deutlich war, einen so unklaren und zweideutigen Ausdruck, der gar nichts sagte, beigefügt, wenn er es nur hätte bestätigen und nicht abändern wollen?

Digitized by Google

Dass er aber gerade die Frist der zehn Tage verkürzen wollte, ergibt sich aus dem Wortlaut seines Gesetzes, und dass er damit das Hauptgewicht auf die Taufe legte, erklärt sich aus den damaligen Kirchenverhältnissen. Gewiss war durch die Bestimmung Chindaswind's schon die Taufe rechtlich sehr wichtig geworden; aber ihre Bedeutung wurde noch gehoben und ihr Vollzug gefördert durch die Verfügung seines Sohnes, dass das Kind erbfähig sein solle und von seinen Eltern beerbt werden könne, wenn es auch weniger als zehn Tage gelebt habe, aber getauft worden sei. Es ersetzte also die Taufe in der That die zehn oder die zu zehn noch fehlenden Tage. So nur haben die Worte sive amplius vel infra einen vernünftigen Sinn, obgleich das amplius auch so entbehrlich wäre, ja sogar auffällt. Aber mag es des Gegensatzes zu infra wegen überflüssig hineingekommen sein, oder mag der ganze Ausdruck die völlige Bedeutungslosigkeit der Lebensdauer überhaupt darthun und alles auf die Taufe ankommen lassen wollen, ich glaube zu der Annahme berechtigt zu sein, dass Receswind mit diesen Worten doch eher Etwas als gar Nichts zu sagen beabsichtigt hat.

Die gleiche Ansicht über die Bedeutung des sive amplius vel infra findet sich in Davoud-Ohglon: Histoire de la législation des anciens Germains, Bd. 1, S. 96, § 13. Er sagt, dass das erste Gesetz deutlich zehntägiges Leben und Taufe verlange und dass dies auch im zweiten Gesetze genehmigt sei, „avec la seule différence que le nombre de dix jours d'existence n'est pas rigoureusement exigé et que le baptême est la condition essentielle."

Dazu kommt, dass sich aus beiden Gesetzen der kirchliche Einfluss leicht erkennen lässt; er ist sogar so gewichtig, dass mir die zehntägige und dann abgekürzte Frist nicht als zur Erlangung der Erbfähigkeit nöthig gesetzt scheint, sondern als Termin, innert welchem die heilige Handlung der Taufe zu vollziehen sei. Der hievon abhängige privatrechtliche Vor-

Digitized by Google

theil ist für die Eltern ein recht wirksames (von der Kirche gewiss genau berechnetes) Motiv, nicht zu zögern. Je kürzer die Frist, je eher kam die Kirche zu ihrem Ziel, und da sie nach Vollzug der Taufe kein Interesse mehr hatte, ob nun das Kind rechtsfähig sei oder nicht — denn nicht darum, sondern um die Taufe war es ihr zu thun — ist nicht einzusehen, welche Bedeutung die zehn Tage noch gehabt haben sollten. Und warum sollte das Kind, welches durch die Taufe in die Kirche aufgenommen und aller Gaben des heiligen Geistes theilhaftig wird, nun nicht auch irdische Güter erwerben können nach der Gesetzgebung eines Staates, in dem kirchliche Anschauungen soweit durchgedrungen sind, wie dies bei den Westgothen der Fall war?

Wir sehen in diesen Gesetzen den Kampf ausgeprägt, den in damaliger Zeit die Kirche führte gegen den schon im vierten Jahrhundert aufkommenden Brauch, die Taufe so lange als immer möglich zu verschieben, was desswegen beliebt und bequem war, weil durch sie die Vergebung aller Sünden erlangt wurde. (Vgl. Friedberg, Kirchenrecht, 2. Aufl. 1884, § 92 Anm. 1.) Um zu ihrem Ziele zu gelangen, hat auch hier die Kirche den denkbar glücklichsten Weg eingeschlagen, indem sie den Eltern eine günstigere erbrechtliche Stellung ihren früh verstorbenen Neugeborenen gegenüber verschaffte, als Belohnung für die ihr durch baldiges Taufenlassen derselben eingeräumte Macht, und indem sie nicht auf einmal ihr Verlangen zu stillen suchte, sondern nach und nach weiter strebte, vom Vater ein Zugeständniss erhielt und das andere vom Sohne forderte.

Von diesem Gesichtspunkte aus, glaube ich, lassen sich die angeführten Stellen am besten erklären, ihrer Form, ihrem Inhalte, ihrem Sinne und ihrem Motive entsprechend. Was vor ihrem Erlass Rechtens gewesen ist, dürfte schwer zu vermuthen sein, da uns hierüber nur mitgetheilt wird, dass über die vorliegende Frage plurimi contendunt. Wenn aber die

Digitized by Google

lange Einleitung des 17. Titels sich in weitläufigen religiösen und naturrechtlichen Betrachtungen ergeht, welche Gründe für die Nothwendigkeit der Taufe und der zehn Tage abgeben sollen, so macht es mir allerdings den Eindruck, als kämpften diese Ansichten gegen eine entgegengesetzte bisherige an, die in ihren Erfordernissen nicht so weit ging, und diese Meinung wird unterstützt durch Dahn a. a. O., der bemerkt, „dass die Sprache des Gesetzes versuchen würde, an Einflüsse des germanischen Gedankens des Aufschlagens der Augen, und Beschauens des Dachbalkens und der vier Wände zu denken."

Doch betrachte ich näher, wie die Kontroverse wirklich gesetzlich entschieden wurde, so muss ich bekennen, dass ich in der lex Wisigoth. keinen Anhaltspunkt finde, der es rechtfertigte, das Erforderniss der Vitalität als aufgestellt zu erachten, nicht einmal in dem von Chindaswind herrührenden siebenzehnten Titel mit seinen bestimmten zehn Tagen. Denn aus dem ganzen Zusammenhang der Stelle ergibt sich nicht die mindeste Rücksichtnahme auf die Beschaffenheit des Kindes, und jene zehn Tage erscheinen absolut nicht als Zeitraum, durch dessen Ablauf die Wahrscheinlichkeit oder Gewissheit des längeren Fortlebens dokumentirt werden soll, sondern einzig und sogar ausdrücklich als den Erben des Kindes gesetzte Frist, demselben durch die Taufe die Zugehörigkeit zur allein seligmachenden Kirche zu erwerben, „damit derjenige, der nach dem Tode des Kindes die irdische Verlassenschaft desselben übernimmt oder zu übernehmen hofft, für dessen Vorbereitung zum himmlischen Leben sorge", wie das Gesetz sich ausdrückt.

Wenn man hierauf entgegnet, dass mit zehntägiger Lebensdauer auch Vitalität gefordert werde, indem diese überall da als vorhanden angenommen werden dürfe, wo ein so langes Leben wirklich bewiesen werde, so diene zur Antwort, dass dieses praktisch vielleicht in den meisten Fällen richtig sein kann, aber theoretisch vom Gesetze nicht nur nicht gefordert,

Digitized by Google

sondern geradezu ausgeschlossen ist, da dasselbe von einem ganz anderen Standpunkte als von dem der Lebensfähigkeit, die es nicht einmal zu kennen scheint, ausgehend, die zehn Tage forderte und sogar dieses Requisit, neben dem der Taufe, bald wieder fallen liess. Denn durch das Gesetz Receswind's ist das Erforderniss der zehntägigen Lebensdauer illusorisch gemacht, und faktisch kommt es nur noch auf die Taufe an, wie dies auch in nordischen Rechten der Fall ist (Stobbe, a. a. O. S. 222). Also findet sich in der lex Wisigoth. nirgends eine Spur, eine Idee vom Vitalitätsrequisite und nur kirchlich-religiöse Gründe kommen in Anschlag.

Was die leges Langobardorum anbetrifft, enthalten sie eine hierhergehörige Bestimmung im Edictum Rotharis c. 171, mit welcher sich aber wenig anfangen lässt. Sie lautet also:

„Si quis desperaverit propter senectutem aut aliquam corporis infirmitatem, quod filios non possit habere; et res suas alii thingaverit; posteaque eum contigerit filios legitimos procreare, omne thinx quod est donatio, quae prius facta est, rumpatur, et filii legitimi unus aut plures qui postea nati fuerint, heredes patri in omnibus succedant. Si autem filiam legitimam unam aut plures seu filios naturales unum aut plures post thinx factum habuerit, habent etc. . . . . "

In Bezug auf die Vitalitätskontroverse handelt es sich hier einfach darum, ob mit filius oder filia im Gesetze blos lebende oder lebensfähige Kinder bezeichnet sind. Irgend eine Stelle, die letzteres vermuthen liesse, findet sich meines Wissens daselbst nicht, und so glaube ich annehmen zu dürfen, dass die Langobarden Lebensfähigkeit nicht forderten und sich mit dem Beweise des Lebens begnügten. Doch lässt sich, wie gesagt, weder das Eine noch das Andere mit Sicherheit aus obigem Wortlaut entnehmen. Ein unverkennbares altes Gewohnheitsrecht mag nähere Bestimmungen darüber überflüssig gemacht haben. Von einem solchen aber (wenn die Voraussetzung seiner Existenz berechtigt ist) darf mit Fug vermuthet

Digitized by Google

werden, dass es den in anderen Gesetzen uns deutlich überlieferten germanischen Anschauungen nicht direkt wird widersprochen haben.

Neben diesen eben behandelten Quellenstellen ist es namentlich das sächsische Recht, welches die Germanisten zu der Annahme verleitet hat, die altdeutschen Partikularrechte verlangen Vitalität für die Entstehung der Rechtsfähigkeit. Sie stützen sich dabei namentlich auf zwei Stellen des Sachsenspiegels (1234):

1. Ssp. I. 33: „Nu vernemet umme en wif die kint dreget na irs mannes dode, u. sik barehaft bewiset to der bigraft oder to me drittegesten: wirt dat kint levendich geborn, u. hevet de vrowe des getüch an vier mannen, de't gehort hebbet, u. an tven wiven de ire hulpen to irme arbeide, dat kint behalt des vader erve; u. stirft it dar na, it erft up de muder, of sie ime ebenbürdich is, u. brict al gedinge an des vader lene, wend' it levede na des vader dode, so werdit de len den herren ledich, of it kint bewist wirt u. gesen also grot, dat it lifhaftich mochte wesen. Wirt it aver to der kerken gebracht openbare, sve it siüt u. hort, de mut sines lives wol getüch wesen."
2. Ssp, I. 36 § 1: „Svenne dat wif erst man nimt, wint se kint na erer rechten tiet, dat dat kint leven moge, man mach it bescelden an sime rechte, went it to vro geborn is. § 2: Wint ok en wif kint na irs mannes dode na irer rechten tiet, man mach it ok bescelden, wend' it to spede geborn is.

Das sächsische Lehnrecht bestimmt ferner 20 § 1:

3. „Svenne die sone na des vader dode levet also lange, dat man sine stimme gehoren mach in vier wenden des huses, so ist he beerft mit sines vader lene."
4. Eisenacher-Statuten von 1670, I. 4. Art. 7: „Stürbe aber das Kind zu Hand nach der Geburt, so fällt das

Digitized by Google

Gut und Erbe auf die Mutter, sie muss aber mit der Wehemutter so ihr in der Geburt geholfen, und mit noch einer ihres Nachbarn Frauen beweisen, dass das Kind nach der Geburt gelebet, und d. h. die vier Wände beschreyen."

Lässt sich nun aus den beiden zuerst angeführten Gesetzesstellen wirklich auf die Nothwendigkeit des Vitalitätserfordernisses nach deutschem Rechte schliessen? Und stimmen die beiden letztern mit einem solchen Schlusse überein? Diese zwei Fragen bedürfen einer näheren Untersuchung.

Was zuerst das Beschreien der Wände anbetrifft, ist zu sagen, dass uns dieses Erforderniss nicht blos hier, sondern in verschiedenen anderen Gesetzbüchern ebenfalls entgegentritt, so im Wursterlandrecht I. 1; Magdeburg. Weichbild 86; Erfurter-Statut. u. a. m. (Vgl. Mittermaier und Phillips a. a. O. sowie Hillebrand a. a. O.), also namentlich im Gebiete des sächsischen Rechtes verlangt worden zu sein scheint. Es lässt sich darüber so ziemlich dasselbe sagen, was oben über das Augenaufschlagen gesagt wurde: Lebensfähigkeit lässt sich daraus nicht folgern. Denn manches Kind wird die Wände beschreien und doch nicht vital sein. Der Umstand, dass hier das allgemeinste und gewöhnlichste erste Lebenszeichen gefordert wird, spricht gegen die Lebensfähigkeit und lässt das Leben allein in Betracht kommen. Es ist viel darüber gestritten worden, ob das im Gesetz genannte Lebenszeichen zum Beweise des Lebens das einzig zulässige gewesen sei. Man könnte wirklich diese Ansicht für die richtige halten, wollte man ohne nähere Prüfung nur nach dem Wortlaute urtheilen. Aber gewisse Gesetzesstellen sprechen denn doch dagegen. Trotz alledem ist zu konstatiren, dass die Praxis eine schwankende war. Ein Magdeburg. Schöffenurtheil aus dem 14. Jahrhundert begründet nämlich, dem Buchstaben des Gesetzes blind folgend, die ausgesprochene Nichtanerkennung der Rechtsfähigkeit eines Kindes folgendermassen: „unde wer

Digitized by Google

im, daz iz lebende czu der Werlde were gekommen, als der Frowen Vater spricht, so en hat es doch die Wende nicht beschregin". Die Gegenpartei hatte es zwar für nothwendig befunden, zu behaupten, das Kind sei „unczitig und nicht lebende czu der Werlde gekommen", und nicht nur auf das nicht erfolgte Beschreien der Wände sich zu stützen.

Dass dieses Beschreien der Wände aber eigentlich nicht materiellrechtliches Erforderniss, sondern nur prozessualistisches Beweismittel war, ergibt sich aus mehreren mittelalterlichen Erklärungen dieses Ausdruckes. Schon die oben zitirte vierte Stelle erläutert denselben wörtlich, es müsse bewiesen werden, „dass das Kind nach der Geburt gelebet, d. h. die vier Wände beschreyen." Ein Magdeburg. Schöffenspruch (bei Böhme VI. 145) sagt: mag die fraw tzwee ander irbare frawen haben, dy ir heffin geczeugen, das das Kind gelebit habe, ... so bedarf sy keinis geczeugnis mehr", und ferner bestimmt das Ostfries. Landk. von 1515 c. 193: „id is ök on dem gar nichts gelegen, offgeliek datsülve kint . . . . gestorve und gine stimme van em gehört worden war, sondern is genoch, dat is levendich is geborn." Auch das Rechtsbuch nach Distinktionen I. 21 fordert nichts weiter als: „vir mannen, dy dat levendich han gesen und gehoret". Der Schwabenspiegel scheint zu schwanken, in dem er ein Mal Augenaufschlagen und die vier Wände sehen verlangt, wie die lex Alam., ein anderes Mal sich mit dem Beweise begnügt, dass das Kind lebendig gesehen worden sei. (Schw. sp. [1275] W. 38; 324). In Wirklichkeit ist aber beides dasselbe und nur verschieden ausgedrückt; denn am einen Ort ist das Requisit des Lebens als solches klar und deutlich bezeichnet, am anderen durch ein symbolisches Zeichen angedeutet.

Die eben angeführten Aussprüche bedürfen wohl kaum einer Erklärung; denn sie beweisen zur Genüge, dass es in vielen (und vielleicht in allen) Ländern, wo bestimmte Lebenszeichen gefordert wurden, weniger auf diese selbst als auf das

Digitized by Google

durch sie bewiesene Leben ankam, ja dass das Leben auch durch andere Zeichen konnte und durfte bewiesen werden. Mit dem Leben ist aber Vitalität noch nicht verlangt, auch dann nicht, wenn einzig die angeführten Zeichen als Beweismittel für dasselbe zugelassen werden; denn diese Aeusserungen des Lebens genügen noch keineswegs, Lebensfähigkeit zu beweisen.

Doch kehre ich zurück zur Betrachtung der oben zuerst angezogenen Stelle aus dem Ssp. I. 33. Darin ist gesagt, dass das von der beim Tode ihres Mannes schwangeren Wittwe geborene Kind seines Vaters Erbe dann erhalte, wenn es lebendig geboren worden sei. Letzteres muss aber bewiesen werden und zwar nach streng sächsischem Rechte durch Zeugniss von vier Männern, die des Kindes Stimme hörten und von zwei Frauen, die der Mutter bei der Geburt beistanden. Durch diese Form des Beweises, Zahl der Zeugen und bestimmtes zu beweisendes Lebenszeichen (welches als einzig genanntes jedenfalls auch hier symbolisch und nicht ausschliessend zu verstehen ist), wird dieser allerdings bedeutend erschwert, aber in seinem juristischen Charakter als blosser Lebensbeweis absolut nicht geändert. Er kann und soll nach wie vor nicht mehr beweisen als das Leben und nirgends ist der Lebensfähigkeit Erwähnung gethan. Ja sie ist durch das Folgende sogar ausgeschlossen. Denn, sagt die Stelle weiter, stirbt nun das Kind — und es war in diesem Falle doch nicht lebensfähig — so wird es von seiner ebenbürtigen Mutter beerbt und bricht alle Gedinge an des Vaters Lehn; wenn es nach des Vaters Tode lebte, so werden die Lehn des Herrn ledig, „of it kint bewist wirt u. gesen also grot, dat it lifhaftig mochte wesen."

Diese letztere Bestimmung mag allerdings zu einigen Zweifeln Anlass geben, aber im Zusammenhange mit dem Vorhergehenden und Nachfolgenden erscheint sie doch kaum missverständlich und lässt nur schwer begreifen, wie man gerade auf sie

Digitized by Google

das Vitalitätserforderniss stützen will; denn mit einer einzigen bald zu behandelnden Ausnahme widersprechen demselben alle anderen Stellen direkt. Es handelt sich hauptsächlich um den Begriff des Wortes „lifhaftich". Da dasselbe ebensowohl lebend, lebendig, als lebenskräftig, lebensfähig und drittens sogar leibhaftig in seinem heutigen Sinne bedeuten kann, so ergibt sich aus der sprachlichen Interpretation nichts, und man ist gezwungen, sich rein auf die logische zu stützen. Aus dem ganzen Sinne der Stelle tritt aber so deutlich hervor, dass es sich nur um das Leben und seinen Beweis, nicht um die Vitalität, handelt, dass ich nicht Anstand nehme, dieses „lifhaftich" einfach mit lebend oder lebendig zu übersetzen, um so mehr, als sich aus dem Wortlaut meines Erachtens nicht das Geringste entnehmen lässt, welches dieser Version entgegenstände und der Schluss: „Wird es aber öffentlich zu der Kirche gebracht, so muss derjenige, der solches sieht oder hört, wohl Zeuge seines Lebens sein", deutlich sagt, dass blos der Beweis des Lebens, nicht der der Lebensfähigkeit nothwendig sei. Denn abgesehen davon, dass es ausdrücklich auf das „getuch sines lives" ankommt, wird es Niemandem einfallen, dann Lebensfähigkeit anzunehmen, wenn das Kind lebend dem Herrn dargebracht wurde, da dies damals, gegen Mitte des 13. Jahrhunderts, schon sehr frühe zu geschehen pflegte. — Auch wäre in diesem Falle nicht eigentlich Vitalität, sondern eine bestimmte Lebensdauer verlangt, für welche das Rechtsbuch keinerlei nähere Bestimmung trifft, so unerlässlich eine solche auch gewesen wäre.

Es ist mir wohl bewusst, dass die Schwierigkeit des Ausdruckes damit nicht erklärt ist, wenn man lifhaftich mit lebend übersetzt. Der Wortlaut ist etwas zweideutig und leicht kann man an ihm Anstoss nehmen. Aber die angeführten Gründe sprechen doch für die hier entwickelte Auffassung, und ich lege dem Verfasser lieber einen Redaktionsfehler, eine sprachliche Ungenauigkeit zur Last, als einen logischen Widerspruch, der

Digitized by Google

sich in derselben Stelle zwei Mal findet, so bald man Lebensfähigkeit in sie hineinlegen will wegen des einen Wortes lifhaftich.

Was die andere Stelle des Ssp. I. 36 § 1 und 2 anbetrifft, so ist mir nicht klar, warum man das „dat dat kint leven moge“ auf die Zukunft desselben, also auf seine Lebensfähigkeit, statt auf die Gegenwart, d. h. auf die Zeit seiner Geburt, also auf sein Leben, beziehen will. Zwar kann auch dieser Ausdruck für sich allein wirklich so oder so verstanden werden, nicht aber in Hinsicht auf den Zusammenhang seiner Anwendung und den Sinn des sächsischen Rechtes. Wenn am eben erklärten Orte nur Leben gefordert wird, warum will man denn hier eine Interpretation gut heissen, die dem Sinne nach der vorigen Stelle offenbar widerspricht.

Diese Stelle ist aber nach einer andern Seite noch recht interessant. Sie bestimmt nämlich die Rechtsfähigkeit des Kindes (genauer seine Erbfähigkeit dem verstorbenen Vater gegenüber) nicht hinsichtlich seiner Lebensfähigkeit, sondern hinsichtlich seiner Ehelichkeit, und es kann also zunächst bei Bestimmung dieser weder auf Leben noch auf Vitalität irgend etwas ankommen, sondern es fällt blos die äussere Beschaffenheit des Kindes in Betracht, wie beim partus perfectus des römischen Rechtes. Wir haben also im sächsischen Recht ein Analogon zum römischen: Eine etwas unglücklich gefasste Stelle über Ehelichkeit des Kindes hat in Verbindung mit anderen Aussprüchen missverständlich als Lebensfähigkeit fordernd interpretirt werden können. Aber wie im römischen, so wäre es auch im deutschen Recht widersinnig, die Ehelichkeit eines Kindes von seiner Lebensfähigkeit oder seinem Leben abhängig zu machen. Dass aber diese Stelle nur von der Ehelichkeit handelt, erhellt deutlich besonders aus deren zweitem Paragraphen, wodurch mit den ganz gleichen Worten, wie sie im ersten sich finden, das Kind vom Erbrecht des verstorbenen Mannes seiner Mutter ausgeschlossen ist, wenn es zu spät ge-

Digitized by Google

boren wird, also nicht weil es nicht lebensfähig wäre, sondern weil es nicht ehelich und jener Mann gar nicht sein Vater ist. Zu spät geboren bezieht sich hier auf das Ende der Ehe, wie in § 1 zu früh geboren auf deren Anfang bezogen werden muss.

Der Unterschied der römischen Stellen aus Paulus und der vorliegenden aus dem Ssp. aber besteht darin, dass in jenen nur die Ehelichkeit des Kindes entschieden wird (justum filium esse), hier aber dessen Erbberechtigung in Rücksicht auf seine Ehelichkeit. Desshalb ist in den römischen Stellen weder vom Leben noch von der Vitalität die Rede, und es wird nur eine bestimmte körperliche Reife, ein partus perfectus gefordert, wenn anders das Kind 181 Tage nach Eingehung der Ehe geboren ist; denn es kann unter Umständen offenbar ebenso wichtig sein, zu bestimmen, ob ein todtgeborenes oder lebensunfähiges Kind ein eheliches und nicht ein ausserehelichesses sei und umgekehrt, als ein lebendig geborenes und vitales. Hier aber in der deutschrechtlichen Entscheidung wird nebst der Ehelichkeit noch „die rechte tiet, dat dat kint leven moge“ verlangt, also Leben als erforderliches Requisit aufgestellt, weil es sich nicht blos um den status, sondern um von diesem abhängige Rechte des Kindes handelt, die natürlich nicht in Betracht kämen, wenn es todt geboren wäre.

Angenommen aber, dieser Ausdruck sei wirklich mit lebensfähig gleichbedeutend, so wäre damit noch gar nicht bewiesen, dass Vitalität zur Persönlichkeit nöthig sei, weil das Rechtsbuch dann nur sagen würde, dass ein lebensfähiges, mit Rücksicht auf den Beginn der Ehe zu früh, in Hinsicht auf deren Auflösung zu spät, also ein unehelich geborenes Kind vom Erbrecht des verstorbenen Mannes seiner Mutter ausgeschlossen sei. Das argumentum a contrario, dass das eheliche Kind nur wenn es lebensfähig sei, auch erb- oder rechtsfähig sei, wäre aus demselben Grunde dennoch unstatthaft, aus welchem die eben vorausgesetzte Annahme unzulässig ist: des Widerspruchs mit andern Quellen wegen.

Digitized by Google

Man könnte vielleicht einwenden, es handle sich hier wie beim oben erwähnten lifhaftich, um Lehnrecht, und als gewissermassen öffentliches Recht habe dieses, seinem Zwecke entsprechend, zur Lehnnachfolge mehr verlangt als das Privatrecht zur Erbfolge. Dieser Standpunkt hat etwas für sich und ist noch näher zu betrachten. Aber die dritte der oben zitirten Hauptstellen aus dem sächsischen Lehnrecht 20 § 1 verlangt mit den deutlichsten Worten auch zur Lehnnachfolge nicht mehr als das Beschreien der vier Wände, und es ist nicht einmal Grund vorhanden, dieses Erforderniss im Lehnrecht enger zu interpretiren als im Landrecht. Allerdings ist im sächsischen Landrecht I. 4. bestimmt, dass ein Kind, welches „stumm oder handelos oder vüzelos oder blint“ geboren wird, „wol Erbe zu Lantrecht, aber nicht zu len erbe“ ist. Aber diese Unterscheidung spricht keineswegs den genannten Missgeburten (möge dies Wort hier erlaubt sein) die Rechtsfähigkeit ab, im Gegentheil, und gestattet eben so wenig den Schluss, es sei nach Lehnrecht Vitalität zur Nachfolge nöthig. Der Ausschluss solcher, denen Organe fehlen, welche namentlich die Kriegstüchtigkeit und damit die Erfüllung der Vasallenpflicht bedingen, ist im Lehnrecht gewiss am Platze. Aber zwischen diesen organischen Fehlern und der Lebensunfähigkeit ist insofern ein grosser Unterschied, als gerade die genannten Vitalität nicht im Geringsten ausschliessen, dieses Erforderniss also gar nicht den Ausschlag geben konnte. Auch sind solche Mängel meist leicht zu erkennen und gewöhnlich unheilbar, während bei der schwierigen Bestimmung der Lebensfähigkeit mannigfache Fehler und Irrthümer unterlaufen, die das Vitalitätsrequisit geradezu unanwendbar machen würden bei einem Volke, wo die Arzneiwissenschaft so sehr im Argen lag, wie dies bei den Germanen der Fall war. So lange ein Kind, das zwar sehr unentwickelt, aber so weit äusserlich erkennbar, ohne irgend welche organischen Mängel geboren wurde, lebt, ist es Mensch und Hoffnung vorhanden, dass es sich entwickele,

Digitized by Google

ja einst sogar kriegstüchtig werde, wenn es männlichen Geschlechtes ist, und desshalb ist es auch nicht ausgeschlossen von der Lehnsnachfolge, ohne Rücksicht auf seine Lebensfähigkeit, von der die deutschen Volksstämme und ihre Rechte meines Erachtens noch weniger etwas wissen, als das römische Recht. Findet sich doch nirgends ein Anhaltspunkt, wer die Vitalität des Neugeborenen zu beurtheilen hatte, ja nicht einmal, nach welchen Grundsätzen solches geschehen sei.

Dem Satze, dass Lebensfähigkeit im deutschen Recht weder für Erb- noch Lehnsnachfolge nothwendig war, widerspricht nicht der bekannte Vers des Ssp. I. 4: „Uppe altvile und uppe dverge ne irstirft weder len noch erve noch uppe kropelkint etc.“; denn die Rechtsfähigkeit dieser Geschöpfe ist in der Alimentationspflicht ihrer „nesten magen“ anerkannt, und die grosse Beschränkung oder Ausschliessung derselben von jeder Succession hat einen ganz andern Grund als Rücksicht auf Vitalität ergeben würde: können ja doch solche Menschen sehr wohl lebensfähig sein! Sei der Grund welcher er wolle (ich halte ihn für einen aus finsterm Aberglauben entspringenden religiösen, vgl. Scherr, deutsche Kultur- und Sittengeschichte II. 7), es genügt hier, konstatirt zu haben, dass er ganz ausser dem Vitalitätsrequisite liegt.

Zurückzuweisen ist auch der Einwand, dass es sehr wohl dem Sinne des germanischen Rechtes entspreche, Lebensfähigkeit als zur Rechtsfähigkeit nothwendig zu fordern; denn als tapferes kriegerisches Volk haben die Germanen viel Gewicht auf körperliche Ausbildung gelegt. Solches ergebe sich aus den Bestimmungen über Missgeburten und sei nicht nur den Germanen, sondern auch andern Völkern in ihrer kriegerischen Jugend- und Kraftperiode geläufig gewesen, ja bei manchen in viel weiter gehender Form vorgekommen, so z. B. bei den Spartanern. — Dass sich aus der zuerst angeführten Begründung in Bezug auf die Vitalität nichts ergiebt, glaube ich eben gezeigt zu haben. Nicht besser steht es mit dem zweiten Be-

Digitized by Google

weise. Denn gerade bei den Spartanern und auch bei andern Völkern, wo ähnliche Gebräuche vorkamen und vorkommen, hat es damit eine eigene Bewandtniss und es sind immer ganz spezielle Gründe, welche zu derartigen widernatürlichen Massregeln führen. Die Aussetzung oder Tödtung schwächlicher, kränklicher oder missgestalteter Kinder in Lacedämon lässt sich nur durch das gewaltige Uebergewicht des Staates über das gesammte Privatleben, speziell über die Familie, und durch die rein politischen und krass materiellen Ziele dieser öffentlichen Zwangserziehungsanstalt erklären.

Allerdings galt auch bei den Germanen Kriegstüchtigkeit als die höchste Tugend; aber eben bei ihnen war und blieb dagegen der Einfluss der Familie stets ein bedeutender. Wenn aber ähnliche Bräuche dennoch vorgekommen sind, so waren diese zur Zeit der leges Barbarorum schon durch Einwirkung des Christenthums lange zurückgedrängt, und nirgends sagt uns eine Stelle des deutschen Rechts, dass ein lebend geborenes Kind völlig rechtlos wäre.

Wenn sich nun schon daraus ergiebt, dass das deutsche Recht auf Lebensfähigkeit keine Rücksicht nimmt, ja dieselbe nicht einmal kennt, und dass lifhaftich nicht anders als mit lebend, nie aber mit lebensfähig zu übersetzen ist, so findet sich noch eine Stelle, welche diese Ansicht unterstützt. Das Schwyzerlandrecht II. 4. giebt nämlich nähere Aufklärung darüber, wie weit entwickelt das Kind sein soll, mit den Worten: „also gebildet, dass man an ihm kuntlich mag erkennen, ob es Haar, Haupt, Augen, Mund, Hände oder Füsse oder der Zeichen eines habe, oder ob es männlichen oder weiblichen Geschlechtes sei.“ (Vgl. Heusler a. a. O. I. S. 101.) Man vergleiche diese Reifezeichen mit denen, welche Liman für die Vitalität aufstellt und man wird leicht einsehen, dass im Landbuch von Schwyz an Lebensfähigkeit nicht gedacht sein kann. Und wenn man diese Beschreibung an die Stelle des „also grot“ vor „dat it lifhaftich mochte wesen“, setzt, so wird man sehen,

Digitized by Google

dass dieses lifhaftich nur lebend heissen kann und dass die Stelle einen ganz hübschen Sinn giebt, der keinen Widerspruch mehr bildet mit anderen Entscheidungen, da auch bei diesen alles nur auf das Leben, nichts auf die Lebensfähigkeit ankommt. Dasselbe gilt von der zweiten Stelle (Ssp. I. 36 § 1 und 2), sobald die Worte „na irer rechten tiet, dat dat kint leven moge", mit der Beschreibung im Schwyzerlandbuch zusammengehalten werden. — So lange nämlich das Kind diesen gewiss geringen Grad der Ausbildung nicht erreicht hat, nimmt man an, es könne gar nicht lebend geboren werden, und wohl mit Recht. War nun ein todtes Kind nicht so weit entwickelt, wie es das Gesetz fordert, d. h. wie das Schwyzerlandrecht ausführlich und das sächsische Recht ihm entsprechend mit „lifhaftich" und „dat dat kint leven moge" es bestimmt, so wurde der Beweis seines Lebens gar nicht zugelassen. Im andern Falle aber genügte diese Entwicklung allein noch nicht zur Annahme des Lebens, da es eine Lebenspräsumtion nicht gab, sondern es musste der nun gestattete effektive Beweis des Lebens noch dazu erbracht werden.

So komme ich denn entschieden zu dem Resultate, dass auch das deutsche Recht Vitalität nicht als Erforderniss zur Rechtsfähigkeit aufstellt. Dass dasselbe im römischen Rechte der Fall ist, glaube ich ebenfalls dargethan zu haben, sowie auch, dass keine naturrechtlichen oder Vernunftgründe für das Requisit der Lebensfähigkeit geltend gemacht werden können, und wenn Beseler desshalb für dasselbe spricht, um den abortus von der Geburt zu unterscheiden, so ist dieser Grund hinfällig, weil er meiner Ansicht nach auf einem Missverständniss der römischen Quellen beruht und de lege ferenda überhaupt aufgehoben werden kann. Auch Stobbe stützt seine Ansicht von der Berechtigung des Vitalitätserfordernisses einzig auf das Wort abortus des römischen Rechts, indem er dasselbe im Sinne Wächters und seiner Nachfolger auffasst.

Einige der germanistischen Schriftsteller unterscheiden

Digitized by Google

zwischen Erbfähigkeit und Rechtsfähigkeit. Es ist wahr, dass die hauptsächlichsten für die Vitalitätsfrage in Betracht kommenden Stellen vornehmlich die Erbfähigkeit im Auge haben und von ihr handeln. Aber diese Zufälligkeit rechtfertigt nicht eine prinzipielle Unterscheidung; sie findet sich ganz gleich im römischen Rechte; denn die erbrechtlichen Fälle sind die gewöhnlichsten, in denen es sich um die Persönlichkeit des Kindes handelt. Und wenn auch gewisse geringe Ausnahmen im deutschen Rechte mögen vorgekommen sein, wo Erbfähigkeit trotz vorhandener Rechtsfähigkeit nicht anerkannt wurde, so sind dies eben Ausnahmen, die nicht einen durchgreifenden Unterschied zwischen beiden statuiren, so dass auch im deutschen Rechte das Prinzip gilt, wer rechtsfähig ist, ist auch erbfähig, und um letzteres zu sein, muss man mindestens ersteres schon sein: Erbfähigkeit ist eine Folge der Rechtsfähigkeit oder vielmehr als Theil derselben in ihr enthalten.

Mehr Beachtung für die Vitalitätskontroverse und speziell für die Beweismittel des Lebens des Neugeborenen scheint mir eine kurze Bemerkung in Maurenbrecher a. a. O. zu verdienen. Er macht darauf aufmerksam, dass es sich in allen Stellen, wo vom Augenaufschlagen, Firstbaumsehen, Wändebeschreien die Rede ist, um postumi handelt und dass jedenfalls desshalb der Beweis partikularrechtlich auf bestimmte Lebenszeichen beschränkt sei, um jeden Betrug, jede Unterschiebung fremder Kinder unmöglich zu machen. Desshalb so und so viele Zeugen, die dies und das müssen gesehen haben. Der Autor geht davon aus, dass die genannten Beweismittel die ausschliesslichen seien. Wenn man dies auch nicht annimmt, und ich halte es nicht für richtig, so ist mindestens durch die angeführten Beispiele deutlich gemacht, dass der Beweis des Lebens eines Neugeborenen doch ein streng formalistischer war und ein zwingender sein musste. Und für diese Rigorosität mag der genannte Grund zureichend und zutreffend sein.

Digitized by Google

Es bleibt mir noch übrig, am Schlusse dieses Abschnittes auf eine merkwürdige Ansicht zurückzukommen, die ich Eingangs desselben erwähnt habe und die von Gengler aufgestellt wurde. Zwar hat die Behauptung Wächters, Gengler spreche seine Meinung nicht klar und deutlich genug aus, noch jetzt Geltung und kann auf seine Ausführung über den Beginn der Rechtsfähigkeit a. a. O. S. 50 § 18 noch füglich bezogen werden. Es heisst daselbst:

2) „. . . Allein diese Rechtsfähigkeit der Leibesfrucht ist nur noch eine bedingte, welche erst zur unbedingten wird im Augenblick der Geburt, mit unzweideutigen Zeichen vorhandenen, wenn auch blos momentanen Lebens und menschlicher Körperform."

3) „Sollte jedoch das lebende Kind sofort nach der Geburt und zwar blos darum wieder verstorben sein, weil der Beginn des selbstständigen Lebens- also insbesondere Athmungsprozesses wegen des noch unentwickelten oder sonst fehlerhaften Zustandes der die Lebensfunktionen vermittelnden Körperorgane absolut unmöglich war, so kann auch von einem Anfange der Rechtsfähigkeit, welche in jenem oft nur nach Sekunden berechenbaren Zeitraum wirklichen oder scheinbaren Lebens des Neugeborenen ausserhalb des Mutterleibes hineinfiele, keine Rede sein. Insoweit ist also Lebensfähigkeit eine der Voraussetzungen der Rechtsfähigkeit."

Diese Ansicht Genglers stimmt mit der von Wächter nicht überein; denn Gengler verlangt im Prinzipe keine Vitalität, sondern nur ausnahmsweise für gewisse Fälle, nämlich dann, wenn das Kind kein selbstständiges Leben führen konnte. Unter diesem selbstständigen Leben versteht er aber Leben mit Athmung, nicht blos das Leben getrennt von der Mutter; also braucht er diesen Ausdruck im medizinischen Sinne (extrauterines Leben). So viel mir bekannt, ist Gengler der einzige, der bis jetzt diese Ansicht verficht. Sie ist nicht quellenmässig, weder nach römischem noch deutschem Recht; der Schrift-

Digitized by Google

steller stützt sich auch auf keine Gesetzesstellen. Sie ist ferner weder der Natur der Sache noch den heutigen medizinischen Anschauungen angemessen. Die Jurisprudenz kann sich in so feine medizinische Fragen des selbstständigen und unselbstständigen Lebens der Rechtssicherheit wegen nicht einlassen. Ihr genügt und muss genügen Leben des von der Mutter getrennten Kindes. Und dass ein solches möglich sei auch ohne Athmung und dass dieses im juristischen Sinne selbstständige Leben sowohl nach römischem als deutschem Recht durch jedes Lebenszeichen bewiesen werden konnte, glaube ich genügend dargethan zu haben.

Einen Unterschied macht Gengler nicht, den der „eigentlichen und uneigentlichen" Vitalität. Hingegen legt er Bedeutung auf die Lebensdauer, indem man dieses blos nach Sekunden zu berechnende Leben nicht für genügend zur Rechtsfähigkeit erachten könne. Warum nicht, wenn es bewiesen ist? Auch er kommt sodann auf das Scheinleben zurück. Alle diese Fragen sind im römischrechtlichen Theile behandelt und hier bemerke ich nur noch, dass Gengler meines Erachtens die Vitalitätskontroverse zu sehr zugespitzt hat; denn in seinem Sinne wäre das Erforderniss der Lebensfähigkeit noch unpraktischer und unanwendbarer als im Sinne der bisherigen Auffassung, die die Dauer des Lebens, das selbstständige Leben im medizinischen Sinne und die Art der Lebensbethätigung ausser Acht liess.

In der Praxis würde die Ansicht Genglers fast gleichbedeutend sein mit vollständiger Negirung des Vitalitätsrequisites. Warum hängt er an einem Prinzipe, das in Wirklichkeit nur in den allerseltensten Fällen wird Anwendung finden können?

Digitized by Google

§ 8.

Das deutsche Strafrecht.

Im Strafrechte kommt dem Erfordernisse der Vitalität zur Erlangung der Rechtsfähigkeit insofern eine nicht geringe Bedeutung zu, als es sich dabei um die Beantwortung der Frage handelt, ob ein zwar lebendes, aber nicht lebensfähiges neugeborenes Kind taugliches Objekt von verbrecherischen Handlungen sein könne. Als solche kommen Neugeborenen gegenüber namentlich in Betracht Angriffe auf die Körperintegrität und auf das Leben. Weil von allen diesen die Kindestödtung oder der Kindsmord am häufigsten vorkommt, so ist die Vitalitätsfrage von den Kriminalisten meist bei Anlass der Behandlung dieses besondern Verbrechens ventilirt worden. Es lässt sich aus praktischen Gründen auch nichts dagegen einwenden, so lange man sich bewusst bleibt, dass sich die Kontroverse doch nicht einzig auf diesen Fall beschränkt, sondern sich zugleich auf andere Gebiete erstreckt und in ihrem Zusammenhange richtiger bei den allgemeinen Grundsätzen der Tödtung überhaupt behandelt würde. Denn versteht man unter Kindsmord die vorsätzliche Tödtung eines neugeborenen unehelichen Kindes durch die Mutter, und soll dabei Lebensfähigkeit irgendwie in Betracht kommen oder auch nicht, so wird sie gleichfalls zu berücksichtigen oder ausser Acht zu lassen sein, wenn die Tödtung eines solchen Kindes von einer andern Person vollbracht wird oder wenn ein eheliches Neugeborenes von der Mutter oder sonst jemand getödtet wird, also in allen Fällen der Tödtung, sobald nur ihr Objekt ein neugeborenes Kind ist. Die Tödtung im allgemeinen Sinne unterscheidet sich nämlich von der Kindestödtung nicht durch Requisite des Objektes, sondern durch solche des Subjekts: nur auf Seite der unehelichen Mutter sind Gründe vorhanden zur Milderung des Verbrechenscharakters, keineswegs auf Seite des Kindes. Die Eigenschaft der Unehelichkeit wird nur in

Digitized by Google

Hinsicht auf seine Mutter gefordert und unser Rechtsgefühl würde es empören, im Allgemeinen ein Verbrechen milder zu bestrafen, weil es an einem ausserehelichen, statt an einem ehelichen Kinde begangen wurde. Diese Ansicht ist eine allgemeine und unbestrittene; sie findet ihren prägnantesten Ausdruck und deutlichsten Beweis darin, dass dieselbe Handlung, von einer andern Person als der unehelichen Mutter vollbracht, nicht mehr Kindestödtung, sondern gemeine Tödtung ist, ebenso dann, wenn eine Mutter ihr eheliches Kind tödtet.

Muss nun ein neugeborenes Kind, um des Schutzes des Rechtes theilhaftig zu sein, auch lebensfähig sein oder genügt es, dass es lebe, mit andern Worten: hat ein Neugeborenes erst dann ein Recht zu leben und Schutz seines Lebens vom Gesetze zu fordern, wenn es im Stande ist, dieses Leben auch wirklich fortzusetzen?

Die Antworten auf diese Frage nach der Nothwendigkeit oder Nichtnothwendigkeit des Vitalitätserfordernisses sind auch im Strafrechte verschieden ausgefallen; sie lassen sich jedoch leicht in drei Gruppen zusammenstellen.

Es ist gesagt worden, Lebensfähigkeit sei nothwendig, um Anspruch auf strafrechtlichen Schutz des Lebens machen zu können; fehle sie, so müsse jede Strafe wegfallen, da das zwar lebende, aber nicht lebensfähige Kind ein absolut untaugliches Verbrechensobjekt sei. Demnach kann also ein solches von irgend jemand, auf welche Weise es auch sei, umgebracht werden, ohne dass der Thäter dem Gesetze verfällt. Diese Theorie stellt Feuerbach auf in seinem Lehrbuch des peinlichen Rechtes § 237, allerdings blos in Bezug auf den eigentlichen Kindsmord; wenn er aber dieses Erforderniss nicht auch auf die anderen oben erwähnten Fälle ausgedehnt wissen wollte, so hat er sich aus den angeführten Gründen einer bedeutungsvollen Inkonsequenz schuldig gemacht.

Eine zweite Ansicht geht dahin, dass Vitalität zwar nicht nothwendiges Erforderniss zur Persönlichkeit sei, aber doch

Digitized by Google

insofern bei Verbrechen gegen dieselbe in Betracht kommen müsse, als ihr Mangel die ordentliche Verbrechensstrafe ausschliesse und eine mildere an deren Stelle treten lasse. Ja man hat auch hier, weitergehend, noch zwei Fälle unterschieden, indem man die Strafe verschieden bemass, je nachdem der Thäter Kenntniss vom Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Lebensfähigkeit hatte. Hiernach wurde der Verbrecher milder bestraft, wenn der objektive Mangel der Vitalität festgestellt war und seine Strafe noch gemindert, wenn er von diesem Mangel Kenntniss hatte, d. h. wenn er wusste, dass er nur ein lebensunfähiges Kind umbringe.

Diesen beiden Auffassungen, die Rücksicht auf die Vitalität nehmen, steht gegenüber eine dritte Meinung, welche sagt: Die Lebensfähigkeit oder Lebensunfähigkeit kommt überhaupt nicht in Betracht; es genügt, dass ein Kind lebe, um sein Leben unter denselben strafrechtlichen Schutz zu stellen, unter welchem das Leben anderer steht. Wer desshalb das Leben eines Neugeborenen vernichtet, fällt der gesetzlichen Strafe der Tödtung anheim, gleichviel, ob das Kind im Stande gewesen wäre, fortzuleben oder nicht und ohne Rücksicht auf allfällige Kenntniss dieses Umstandes seitens des Verbrechers.

Alle diese Ansichten entwickelten sich nach und nach im Anschlusse an die Karolina, besonders an die darin in Art. 131 enthaltene Bestimmung über den Kindsmord. Das römische Strafrecht kannte das Verbrechen der Kindestödtung als ein besonderes nicht und fasste es mit andern unter den Begriff des parricidium zusammen. Nirgends aber findet sich im römischen Strafrechte ein Anhaltspunkt, der die Annahme rechtfertigte, die Römer hätten für die Verbrechen gegen das Leben im Allgemeinen nicht nur Leben, sondern auch Lebensfähigkeit des Deliktsobjektes gefordert. Das jus vitae ac necis, welches die patria potestas in sich enthielt, war keineswegs von dem fraglichen Requisite abhängig; denn ursprünglich erstreckte sich dieses Recht des paterfamilias über Leben und

Digitized by Google

Tod seiner Descendenten auf alle diese, gleichviel ob sie lebensfähig waren oder nicht, und später wurde es beschränkt und abgeschafft, nicht nur den lebensfähigen, sondern auch den nicht vitalen Hauskindern gegenüber. Vitalität kam also dabei rechtlich gar nicht in Betracht.

Im germanischen Rechte scheint eher ein Grund zu liegen, die Nothwendigkeit der Vitalität in strafrechtlicher Beziehung anzunehmen. Es bestimmen nämlich einzelne Volksrechte, dass mit der Mundschaft die Befugniss verbunden sei, neugeborene Kinder auszusetzen oder zu tödten, so lange sie das Recht auf das Leben noch nicht erworben haben. Nun finden wir aber, dass dieses Recht auf das Leben denn doch nicht von der Lebensfähigkeit abhängig war, sondern von anderen, mit dieser in keinem Zusammenhang stehenden Umständen: nach dem einen Rechte von der Lustration des Kindes, die am achten Tage nach der Geburt zu geschehen pflegte, nach andern Vorschriften von der ersten Nährung. Vgl. Jordan, Begriff und Strafe des Kindsmordes (1844) S. 46, 47. Wo diese letztere Bestimmung galt, war das Vitalitätserforderniss ausgeschlossen für den Erwerb des jus vitae; wo die Lustration erst dem Kinde ein Recht verschaffte, fortleben zu dürfen, da wird man Vitalität wohl als vorhanden annehmen müssen, weil ein mehrtägiges Leben bereits zurückgelegt worden ist. Aber dieses Vorhandensein der Lebensfähigkeit ist hier blos ein begleitender Umstand, rechtlich ein Zufall, durchaus nicht erforderliches Requisit. An ein solches dachten die betreffenden Gesetze gar nicht, sonst würden sie es in anderer Form gethan haben.

Zudem beziehen sich diese Bestimmungen des römischen und germanischen Rechtes — im letzteren sind sie überhaupt nur partikulare — nur auf die Inhaber der patria potestas, bez. Mundschaft und erklären sich, im Gegensatz zum spartanischen Rechte, einzig aus dem grossen Einfluss der Familie und familienrechtlichen Verhältnisse, wie sie in Rom und Germanien ausgebildet waren und sich lange behaupteten. Daraus

Digitized by Google

lässt sich aber keineswegs schliessen, dass auch fremde Personen ein neugeborenes Kind ungestraft hätten umbringen dürfen, auch nicht nach deutschem Recht, wo von einem jus vitae die Rede ist; denn dieser Ausdruck lässt sich nur der Mundschaft gegenüber anwenden, und man wird nicht daraus folgern dürfen, dass es Fremden zugestanden hätte, einem Kinde sein Recht auf das Leben abzusprechen. Daraus erhellt denn einerseits, dass es sich dabei nicht um allgemeinrechtliche, sondern um familienrechtliche Beziehungen handelt, und anderseits, dass sich für die Lebensfähigkeitsfrage aus solchen Bestimmungen nichts ergibt und nichts ergeben kann, weil dieselbe durch derartige Umstände weder bejaht noch verneint wird. — Endlich kommt noch hinzu, dass der Einfluss der Kirche diesen Rechtszustand schon früh änderte, Aussetzung und Tödtung Neugeborener verbot und den Inhaber des Mundiums, der diesen ihren Bestimmungen zuwider handelte, als parricida betrachtete und bestrafte.

Frauen, welche sich ein Verbrechen an ihren Kindern zu Schulden kommen liessen, wurden im Allgemeinen wie Männer bestraft, auch dann, wenn das Kind ein uneheliches war; es gab noch kein spezifisches Verbrechen der Kindestödtung. Die Karolina erst hat den Kindsmord genauer definirt und von den übrigen Fällen der Tödtung begrifflich ausgeschieden, wenn auch nicht in dem Sinne, um dieses Verbrechen zu privilegiren. Aber die Bestimmung des Art. 131 ist nicht in jeder Beziehuug klar und unzweideutig abgefasst, so dass sie zu verschiedenen Auslegungen Anlass gab, aus denen sich nach und nach eine Unzahl von Streitfragen gestalteten. Hier interessirt uns nur die Kontroverse über die Nothwendigkeit der Vitalität.

Die Worte des Gesetzes:

„Item welches weib jre kind, das leben und glidmass empfangen hett, ... ertödtet“ und: „So aber ein weibssbild, als obsteht eyn lebendig glidmessig kindlein“ etc. sind so unterschiedlich aufgefasst worden, dass sich im Laufe der Zeit die

Digitized by Google

oben angeführten Meinungen über das Vitalitätsrequisit bilden und alle drei ihre Begründung im Gesetze selbst suchen konnten.

Wenn nun die Karolina an die Stelle der bei den Germanen gewöhnlichen Strafe des Kindsmordes, des Pfählens und Lebendigbegrabens, „um darinnen verzweiffelung zuverhüten", die mildere Strafe des Ertränkens setzt, „in welchem gericht die bequemlicheyt des wassers dazu vorhanden ist" und „wo solche übel nicht offt geschehe", so ist damit doch noch kaum der Anfang gemacht zu einer milderen Beurtheilung dieses Verbrechens. Aber dennoch lag vielleicht gerade darin ein Anhaltspunkt für die in der Folgezeit sich allmälig bildende Ansicht, die Kindestödtung als priviligirtes Verbrechen zu betrachten. Mindestens mag sich daraus ein Grund ergeben haben, auch die immer noch sehr harte Strafe des Ertränkens — von einigen sogar mit der poena culei identifizirt — nach und nach zu umgehen und durch beschränkende Interpretation die Anwendung des Gesetzes überhaupt in vielen Fällen auszuschliessen.

Durch solche Erwägungen kam man dazu, zu sagen, gliedmässig bedeute lebensfähig, und so entstand die Ansicht, Lebensfähigkeit sei, in Bezug auf die Kindestödtung mindestens, nothwendiges Requisit für den Beginn der Persönlichkeit, und Mangel der Vitalität sei Strafausschliessungsgrund oder müsse wenigstens als gesetzlich strafmildernd in Betracht gezogen werden, indem die ordentliche Strafe nur angedroht sei, wo ein lebensfähiges Kind umgebracht werde. Nach anderen Seiten hin, d. h. für andere Fälle der Tödtung Neugeborener wurde die Frage meist nicht erläutert und diese Theorie nur anlässlich des in Art. 131 behandelten Verbrechens aufgestellt. Will man nicht annehmen, die Verfechter der eben dargelegten Lehre haben sich einer auffallenden Inkonsequenz schuldig gemacht, so wird man wohl das Vitalitätsrequisit in ihrem Sinne für die Tödtung Neugeborener ganz allgemein aufstellen müssen. Aber dies ist andererseits desshalb sehr bedenklich, weil man ver-

Digitized by Google

gebens nach gesetzlichen Gründen für diese Ansicht suchen würde.

Doch betrachte ich nun, wie es sich mit den Ausdrücken „glidmessig“ und „glidmass empfangen haben“ im Artikel über die Kindestödtung verhält und welches wohl der dem Gesetzgeber zu Grunde liegende Gedanke mag gewesen sein. Zwei Auffassungen stehen hier einander gegenüber. Die eine nimmt an, dieses gliedmässig und Gliedmass beziehe sich auf die körperliche Reife des Kindes, mit welcher Vitalität in dem von Wächter sog. „eigentlichen Sinne“ allerdings gefordert wäre; die andere verneint dies und versteht unter jenen Worten nur die normale, natürliche, dem gewöhnlichen Verhältnisse entsprechende Ausbildung des Kindes, im Gegensatz zu Missbildungen, monströsen Entartungen. Die erstere Ansicht ist vertreten namentlich von Feuerbach, der gliedmässig als mit lebensfähig gleichbedeutend auffasst; denn er fordert nach dem Wortlaut der Karolina „Fähigkeit zum längeren Fortleben“. Ihm folgt Mittermaier im Neuen Archiv d. Kriminal R. Bd. VII, S. 316—323, der die Lebensfähigkeit an und für sich schon in einem sehr weiten Sinne fasst und im Gegensatz zu seinem Vorgänger doch nicht zurückschreckt, alle Konsequenzen seiner Lehre zu ziehen und der gerade dadurch ihre Gefährlichkeit am eindringlichsten beweist.

Jordan untersucht a. a. O. S. 91—99 den Begriff und die Bedeutung der in Frage stehenden Ausdrücke näher. Wenn er der ganzen Lehre von der Vitalität im heutigen Sinne eine vage Unbestimmtheit vorwirft, so hat er gewiss nicht ganz Unrecht. Auch mit seiner Ableitung des Wortes gliedmässig in der zuletzt genannten Bedeutung des Gegensatzes zu monstrum kann man sich sehr wohl einverstanden erklären; ja seine verschiedenen Zitate, seine zu dem römischen Rechte gezogene Parallele und die Behauptung, dass das deutsche Recht die Vitalität überhaupt nicht kenne, dürfen als ein Beweis für seine Ansicht hingenommen werden. Um so mehr muss uns aber

Digitized by Google

auf S. 97 seine plötzliche Umkehr wundern, die mit den Worten eingeleitet wird: „Wir können aber das Wort gliedmässig nicht in der eben entwickelten Bedeutung nehmen, sondern leiten es einfach vom Worte Gliedmass (Gliedmassen, Glieder) ab und nennen ein Kind, das Leben und Gliedmass empfangen hat, ein lebendig gliedmässig Kindlein ein solches, das die zum menschlichen Organismus nöthigen Glieder in der gehörigen Entwicklung und Ausbildung hat, dass es ein selbständiges Leben ausserhalb der Mutter haben kann, dass es kein abortus, dass es reif ist."

Begründet wird diese Ansicht vom Verfasser kurz dadurch, dass nach Art. 133 der Karolina für die Bestrafung der Abtreibung, die nicht als eigentliche Tödtung erscheine (!), Gliedmass nicht gefordert, aber unterschieden werde, ob die Frucht eine lebende oder todte war, woraus hervorgehe, „dass ausser dem Leben beim Kindsmord ein weiteres, für die Tödtung überhaupt nothwendiges Requisit erfordert werde". Und dieses Requisit sei die Reife oder Gliedmässigkeit. — Eine solche Beweisführung bedarf keines Kommentars. Bemerken will ich nur noch, dass Jordan selbst S. 95 sagt, dass die in Art. 133 des Gesetzes gemachte Unterscheidung lebendiger und nicht lebendiger Kinder (genauer Leibesfrüchte) sich auf die in der damaligen Medizin geltende Lehre vom fœtus animatus und non animatus beziehe. Beseelt, nahm man an, sei eine Frucht 40 bis 45 Tage nach der Konzeption (vergl. c. 20 X. de homicid. 5,12). Soll nun lebendig diesem animatus entsprechen, so setzt letzteres doch auch das Lebendigsein voraus. Wenn dem so ist, wie kann der Schriftsteller einige Seiten weiter unten, dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes entgegen, behaupten, die Abtreibung erscheine nicht als Tödtung — ein bereits todter fœtus war doch nicht animatus mehr, auch wenn er es schon gewesen war — und zu einer Tödtung müsse desshalb ein weiteres Erforderniss hinzukommen, welches für das crimen abortus nicht verlangt werde, Vitalität?

Digitized by Google

Nein! gliedmässig wird nicht das reife Kind genannt, sondern dasjenige, welches kein monstrum ist, und dies hat der Gesetzgeber sagen wollen. Wohl der beste Beweis dafür sind die lateinischen Uebersetzungen der Karolina von Gobler und Remus, erstere 1543, letztere 1594 zuerst erschienen. Wenn diese Werke auch nicht unfehlbare Belege für die richtige Auffassung und Wiedergabe des Sinnes des Gesetzes sind, so wird man ihnen doch als wichtige Hülfsmittel zur Interpretation Anerkennung nicht versagen wollen in Fragen, wo sie mit einander übereinstimmend das Gesetz erklären, um so weniger, da beide im gleichen Jahrhundert wie dieses selbst entstanden sind.

Gobler übersetzt nun die in Betracht kommenden Stellen folgendermassen: „Si quae mulier partum suum, qui vitam ac membra accepisset . . .“; ferner: „Jam etsi quae mulier vivum et membris generatum absolutumque partum . . .“ und endlich: „Ceterum quando mulier vivum et membris perfectum absolutumque partum atque infantem . . .“

Remus gibt sie also wieder: „. . . infantes membris distinctis praeditos“ und „fœtum vivum et forma naturæ congruente praeditum“, sowie: „vitalem et humana membra distincte habentem“. Zu letzterm Ausdruck ist besonders zu merken, dass dieses vitalis keineswegs im heutigen Sinne von vital, lebensfähig, gebraucht ist, sondern mehr im Sinne von lebend (oder beseelt nach der oben angegebenen Bedeutung), was sich aus der Beziehung auf den Urtext, es ist die Uebersetzung von lebendig, eben so leicht als untrüglich ergibt, aber auch klar wird aus der Wiedergabe des Art. 133, wo Remus die Worte: „so aber ein Kind, das noch nit lebendig war“ mit „si vero fœtus vitalis non sit“ überträgt.

Die Wendungen, die Gobler gebraucht, lassen leicht erkennen, dass er das Gliedmass und gliedmässig nicht auf die äussere allgemeine Entwicklung des Kindes, auf die vollständige Ausbildung aller seiner Glieder, also nicht auf die Reife

Digitized by Google

bezogen wissen will, sondern dass er darunter das Vorhandensein der Glieder im Gegensatze zu ihrem Mangel, ihre proportionale und regelmässige natürliche Ausbildung, gleichviel wie weit sie schon gediehen, im Gegensatz zu ihrer Verkümmerung und fehlerhaften Anlage versteht, folglich die Nichtmonstrosität im Auge hat. Wie lässt sich das membra accepisset, das membris perfectus absolutusque anders verstehen, da solches auch vom unreifen Kinde gesagt werden kann? Weil etwa die Haare und Nägel noch nicht gewachsen sind, kann das Kind doch alle seine Glieder schon erhalten haben, membris perfectus sein. — Gobler's Uebersetzung entstand nur 11 Jahre nach der Karolina selbst und bietet also bedeutende Gewähr einer richtigen, dem Sinn und Inhalt des Gesetzes entsprechenden Auffassung.

Noch deutlicher und unmissverständlicher drückt sich Remus aus. Können Wǫrte, wie membris distinctis præditus, forma naturæ congruente præditus und humana membra distincte habentem sich auf die Reife des Kindes, auf seine Vitalität, beziehen? Zeigen sie nicht vielmehr an, dass gerade die Ausbildung hinsichtlich der Reife nicht in Betracht kommt, sondern die allgemeine natürliche Gestaltung des Kindes, seine menschliche Form und Bildung, mit einem Wort, seine Nichtmonstrosität als Ausschlag gebend in Betracht gezogen ist?

Diese eben erläuterte und aus den Uebersetzungen der Karolina gewonnene Ansicht wird bestärkt dadurch, dass man bei den immerhin zweideutigen Worten des Urtextes selbst doch zunächst an das Erforderniss menschlicher Form und Bildung, statt an das der Lebensfähigkeit zu denken geneigt ist. Denn Leben und Gliedmass empfangen haben, lebendig und gliedmässig sein, erweckt doch vorerst nicht den Gedanken an Leben und Vitalität, weil diese Ausdrücke nicht von der Ausbildung und dem Grad der Entwicklung der Glieder, sondern von ihrem Vorhandensein und ihrem übereinstimmenden Masse reden. Ein unreifes Kind kann sehr gliedmässig sein,

Digitized by Google

nicht aber ein reifes monströses; denn bei diesem fehlt es an der verhältnissmässigen, der natürlichen Entwicklung entsprechenden Ausbildung, wenn auch nicht nothwendig an der vollkommenen Reife. Es kommen Entartungen vor, die das Gliedmass stören und wenn wichtige Glieder so missgestaltet sind, dass die menschliche Form und Bildung verloren gehen, dass kein Mensch, sondern ein Monstrum vorliegt, ist kein gliedmässiges Kindlein vorhanden.

Dieser Interpretation steht nicht entgegen, dass eine nähere Bestimmung der Gliedmässigkeit im Gesetze nicht enthalten ist. Es verhielte sich ganz gleich mit der Vitalität, wollte man von ihrer Annahme ausgehen. Sache des Arztes ist es, zu beurtheilen, ob das Geborene eine Missgeburt im Rechtssinne sei. — Auch dadurch kann die vertheidigte Ansicht nicht zurückgewiesen werden, dass die neuere medizinische Wissenschaft die Möglichkeit eines monstrum überhaupt leugnet. Zur Zeit der Karolina und bis in unser Jahrhundert hinein glaubte man so fest an diese Möglichkeit, dass wir in allen Gesetzen diese Unterscheidung finden. Geradezu wundern müsste es uns, wenn die Karolina sie nicht gemacht hätte, da das römische Recht die monstra und prodigia eben so entschieden von der Rechtsfähigkeit ausschliesst, wie das deutsche die Missgeburten. Freilich ist uns nirgends gesagt, wann ein vom Weibe Geborenes rechtlich als monstrum zu betrachten sei und wann es in Folge dessen keine Rechte erwerben könne (in Folge seiner Monstrosität, nicht etwa wegen mangelnder Vitalität!). Auch aus der Rechtspraxis ist mir nichts bekannt, was als Erläuterung dieses Begriffes dienen könnte oder nur die Anwendung des Rechtsgrundsatzes auf einen bestimmten Fall zeigte. Desswegen aber, dass diese Lehre praktisch, wie es scheint, sehr selten zur Anwendung kam, lebte sie doch in den Gesetzen seit den Römern bis auf unsere Zeit fort. Die Karolina hat sie auch aufgenommen, weiss aber nichts von einem Erfor-

Digitized by Google

derniss der Vitalität für die Tödtung, weder im Allgemeinen noch im besondern Falle des Kindsmordes.

In diesem Sinne spricht auch Böhmer in seinem Kommentare: Meditationes ad Const. Crim. Carol. (1770), zu Art. 131, S. 414—460. Das Wort vitalitas ist daselbst nur selten angewendet (zwei Mal fand ich es in Inhaltsangaben für Paragraphen, die aber beide vom Leben allein handeln, ein Mal im Texte, und auch dort blos im Sinne von vita). Dass Böhmer Lebensfähigkeit nach dem Gesetze als für nicht nothwendig ansieht, ergiebt sich aus mehreren Stellen. So sagt er in § 6: „Prius se exserit inspectione infantuli et quod ei proprium est .... unde argumenta vitæ vel mortis peti possint. Es handelt sich ihm also blos darum, ob das Kind lebend oder todt war. Freilich bringt er sodann das gliedmässig mit der perfectio vel imperfectio in Zusammenhang und fährt fort: „quia quo perfectior est infans, eo fortior vel debilior ad vitam inde ducitur conclusio." Dieses fortior ad vitam hat aber mit Lebensfähigkeit nichts zu thun, sondern bezieht sich, wie conclusio etc. ergiebt, auf die Wahrscheinlichkeit des Lebens. Dies wird auch durch das Folgende bewiesen: „Sola formatio partium humanarum, partum vivum editum fuisse, non insert, nisi de robore et maturitate simul constet, quem in finem satis scite textus utrumque prædicatum: lebendig, gliedmässig, conjungit. Sin partus præmaturus vel debilis reperitur, res maioribus dubiis exposita, quæ efficiunt ut ob incertitudinem plerumque favorabilis relatio sequatur. Maior circumspectio in ipsa sectione cadaveris adhibenda, ut ex apertura capitis, ex cerebro, vasis, num putredo, flacciditas aliave mortis argumenta emergant, appareat . . .", und „prior ad vitam, posterior ad mortem propius inclinat" heist es weiter von zwei Befunden des Thatbestandes. — Also nirgends ist Lebensfähigkeit in Betracht gekommen, überall nur Leben gefordert. In § 9 eod. lässt der Verfasser sich also vernehmen: „Occasione verborum gliedmässig, quæsitum esse memini, utrum ea ad solam matu-

Digitized by Google

ritatem an æque ad formam humanam pertineant et sic monstrosum partum a parricidii reatu excludant? Si ex contextu suspicari licet, Imperator tantum circa vitam occupatus fuit, de monstroso partu vix cogitavit.“ Aus diesen Worten geht hervor, dass Böhmer beide Ausdrücke lebendig und gliedmässig als den einen Begriff des Lebens bezeichnend, auffasst. Er versteht also unter einem gliedmässigen Kindlein weder ein reifes (lebensfähiges) noch eines mit menschlicher Form und Bildung, sondern meint, dies Wort sei verstärkend, pleonastisch gebraucht und wie sich aus seiner Ausführung ergiebt, hauptsächlich prozessualistisch von Bedeutung für den Lebensbeweis. — Dieser Ansicht kann ich nicht zustimmen, weil einestheils der Begriff lebendig ein so klarer und bestimmter ist, dass er weder einer Erläuterung noch einer Bestärkung bedarf, und weil es mir anderntheils ganz natürlich erscheint, dass das Gesetz das Requisit der Nichtmonstrosität fordert, an dem Böhmer selbst festhält. Seine Begründung, dass dies allgemeines Erforderniss bei Tödtung sei und hier nicht mehr hervorgehoben zu werden brauchte, scheint mir desshalb nicht genügend, weil eben das Gesetz sie hervorhebt durch den Ausdruck gliedmässig.

Aber nicht nur des Wortlautes des Gesetzes wegen halte ich die gegebene Auslegung des Art. 131 für die richtige; auch Vernunftgründe sprechen dafür und für die Verwerfung des Vitalitätserfordernisses. Tödtung im allgemeinen Sinne ist ein Verbrechen gegen das menschliche Leben. Der Tödtungswille geht dahin, durch die Handlung, welche eben durch ihren Erfolg Tödtungshandlung wird, ein menschliches Leben zu vernichten. Verbrechensobjekt muss also jedes menschliche Lebewesen sein können. Vgl. Liszt, Straf-R. 2. Aufl. S. 292.

Von diesen naturgemässen Grundsätzen geht auch die peinliche Gerichtsordnung aus, und so werden die aus denselben fliessenden Konsequenzen auch im Sinne des genannten Gesetzbuches liegen. Eine erste und wichtigste, eigentlich

Digitized by Google

selbstverständliche Folgerung ist die, dass zur Vernichtung eines menschlichen Lebens, d. h. zur Tödtung, Vorhandensein eines solchen Lebens nothwendig, aber auch genügend ist. So wenig Tödtung da möglich ist, wo kein Leben mehr vorhanden, so wenig braucht — nachdem ein monstrum von der Wissenschaft nicht mehr für möglich und alles vom Weibe Geborene für einen Menschen gehalten wird — das Tödtungsobjekt irgend einem anderweitigen Erfordernisse zu genügen, als dem des Lebens, um eine Tödtung sofort als möglich erscheinen zu lassen. Es muss also das Verbrechensobject leben, braucht aber nicht lebensfähig zu sein. Das im Augenblick der Vornahme der verbrecherischen Handlung noch vorhandene Leben muss durch diese selbst zerstört, vernichtet werden. Es ist gleichgültig, ob das Leben noch kürzere oder längere Zeit hätte fortgesetzt werden können oder nicht, wenn es nur nicht aus anderen Gründen als durch die Handlung des Verbrechers wirklich beendigt, vernichtet wurde. Ist dies der Fall, so liegt stets Tödtung vor; denn diese ist eben Zerstörung eines menschlichen Lebens.

Sehen wir aber zu, wohin die Theorie von der Nothwendigkeit der Vitalität in der Strafrechtspraxis führen würde, so wird uns mit ihrer Unanwendbarkeit zugleich ihre Unhaltbarkeit noch klarer. Nichts scheint uns natürlicher, als dass derjenige, welcher einen Kranken, dessen Tod der Arzt als unabwendbar und schnell eintretend vorausgesagt hat, umbringt, mindestens so hart bestraft werde als derjenige, der einem gesunden, kräftigen Menschen des Lebens beraubt. Es würde unser moralisches und Rechtsgefühl tief verletzen, wollte man hier die Eigenschaften des Verbrechensobjektes als Gründe für Straflosigkeit oder Strafmilderung ansehen und wir könnten es fast eher begreifen, wenn die masslose Brutalität und empörende Grausamkeit, die nicht davor zurückscheut, das schwache hilflose Leben eines Todtkranken vor der von der Natur ihm gesetzten Frist zu vernichten, erschwerend in die Wagschale

Digitized by Google

fallen würde. Und ein schwaches Geschöpfchen, kaum dem Leben gegeben, sollte nur desshalb von Menschenhand ungestraft umgebracht werden dürfen, weil es zu unreif ist, um nach menschlicher Voraussicht sein Leben längere Zeit fortsetzen zu können? Weil es nicht die dazu erforderliche Kraft hat, weil es nicht lebensfähig ist, soll es auch keinen Anspruch auf Leben überhaupt und auf rechtlichen Schutz seines Lebens erheben dürfen? Die Erhaltung des ersten und wichtigsten Rechtsgutes, welches zugleich Voraussetzung ist für Erwerb und Genuss aller andern Rechtsgüter, des Lebens, sollte nicht unter allen Umständen und ohne jede Bedingung vom Rechte gewährleistet sein, ohne einen Unterschied zu machen auf Grund seiner muthmasslichen Dauer? Und was wären das für Zustände, wenn ein Neugeborenes, vom Arzte für nicht vital erklärt, von irgend jemand ohne Weiteres dürfte auf die Seite geschafft werden, z. B. von einem entfernten Verwandten, der durch das allfällige Fortleben des Kindes von einer bedeutenden Erbschaft ausgeschlossen würde und sich nun überlegt, dass ein medizinisches Gutachten doch als Menschenwerk nicht in allen Fällen unfehlbar sein kann? Er will aber seiner Sache ganz sicher sein und tödtet das Kind. So wird er selbst Erbe, und seine verbrecherische That ist Kraft eines Sachverständigengutachtens, dem er selbst nicht traute, auf das er sich jetzt aber beruft, straflos. Man denke auch an die möglichen Fälle, dass aus diesen oder jenen Gründen Hebammen bestochen werden könnten, und dies Alles zusammengehalten, hat man eine Einsicht in die Gefährlichkeit des Vitalitätsrequisites im Strafrechte.

Natürlich wird und muss es dem Arzte überlassen bleiben, über das Vorhandensein oder den Mangel der Lebensfähigkeit zu entscheiden, wenn das Recht Gewicht auf dieselbe legen will; aber es soll sich dann auch selbst so gestalten, dass in einem solchen Entscheide, der verneinend ausfällt, nicht gleichsam ein von Jedermann vollstreckbares Todesurtheil enthalten

Digitized by Google

ist. Denn wenn eine strafbare Tödtung noch möglich ist an einem zum Tode Verurtheilten, weil nicht Private, sondern der Staat und seine Organe allein das Recht haben, ein Todesurtheil zu vollziehen und auch diese nur innert den gesetzlichen Schranken, warum sollte ein kaum geborenes Kindlein vor dem wenn auch sicher eintretenden natürlichen Tode ungeahndet getödtet werden dürfen, da wir doch annehmen müssen, es sei jedes geborene Wesen von der Natur eigentlich zum Leben und Gedeihen, statt zum Tode und zur Vernichtung bestimmt? Aus was für Gründen sollte es dem jungen Erdenbürger verwehrt werden können, unter dem Schutze des Gesetzes sein kurzes Leben mindestens so lange fortzusetzen, als die Natur selbst es ihm gestattet?

So auch Dalloz, Repertoire XIV. S. 597 No. 87; nachdem er diejenigen aufgezählt, welche Vitalität fordern, fährt er fort: „Néanmoins, ne pourrait-on pas soutenir que l'opinion contraire est mieux fondée et plus conforme aux règles du droit criminel? Ce n'est qu'en se fondant sur un dernier débris de la loi antique qui permettait l'homicide des avortons, des enfants débiles ou monstrueux, qu'on prétend que l'enfant qui n'est pas né viable n'est pas censé exister aux yeux de la loi. „La loi pénale, disent MM. Chaveau et Helie, p. 400, ne s'est point expliquée sur le degré de vitalité que l'enfant doit posséder pour que sa mort puisse être un crime; elle n'a précisé ni le terme de sa gestation ni le développement qu'il doit avoir. Il suffit qu'il ait existé, quelque frêle qu'ait été cette existence; il n'est pas même nécessaire qu'il ait vécu de la vie extra-utérine . . . Un mouvement, un vagissement, attesteraient seuls cette vie; elle semblerait, comme une lueur vacillante, prête à s'éteindre, que la loi verrait un crime. De quel droit disposerait-on de la vie d'un être humain? Pourquoi serait-il permis d'en précipiter le cours? . . . Distinguer pour punir l'infanticide entre l'enfant qui est né viable et celui, dont la vitabilité serait douteuse, ne serait-ce pas vouer à la

Digitized by Google

mort une foule d'êtres faibles? Ne serait-ce pas surtout, couvrir d'une excuse perpétuelle tous les crimes commis sur les enfants?""

Allerdings sagt Mittermaier a. a. O., eine Parallele zwischen einem nicht vitalen Neugeborenen und einem Todtkranken sei in dieser Frage nicht zulässig; denn dieser habe schon gelebt und lebe noch und habe Rechtsfähigkeit erworben, mit ihr auch das Recht, dass ihm das Leben nicht abgekürzt werde; jenes habe nur ein Scheinleben und noch nicht eigentlich zu leben angefangen. Was diese Begründung betrifft, erlaube ich mir hier, auf das früher über das Scheinleben Gesagte verweisend, nur kurz zu wiederholen, dass das Kind, welches lebend geboren wird, schon im Mutterleibe die ganze Zeit lebte und nicht erst etwa durch Athmung Leben erhält; dass dieses sein intrauterines Leben vom extrauterinen zwar in seiner Bethätigung und Aeusserung sehr verschieden ist, nicht aber in seinem Wesen; denn jedes Leben ist wirkliches Leben und kein Leben ist erst dann vorhanden, wenn der Tod eingetreten ist. — Und zudem: wenn beim Neugeborenen Lebensfähigkeit wesentliches Erforderniss zur Rechtsfähigkeit sein soll, wie kommt es, dass diese, einmal erlangt, ohne jene, also ohne ein wesentliches Requisit, fortbestehen kann?

Es muss uns fast wundern, wenn wir weiter sehen, welch weitgehende Folgerungen Mittermaier aus diesen auf so schwachen Füssen stehenden Sätzen zieht, die er über die Nothwendigkeit der Vitalität aufstellt. Wenn der Arzt erklärt, ein Kind sei nicht lebensfähig, so ist es für ihn auch nicht rechtsfähig. Den Grund der Lebensunfähigkeit untersucht er nicht näher und unterscheidet nicht zwischen „eigentlicher und uneigentlicher Vitalität", ja er verwirft eine solche Unterscheidung ausdrücklich und gewiss mit Recht. Ganz richtig führt er ferner an, dass zu früh geborene, unreife, sowie an unheilbaren, todbringenden organischen Fehlern leidende Kinder, die also lebensunfähig sind, sehr wohl athmen, wimmern,

Digitized by Google

Glieder bewegen, Milch niederschlucken, ja einige Tage leben können, dann aber dem sicheren Tode anheimfallen. Vereinigt man diese Aussprüche, so wird man mit Erstaunen sehen, dass es nach Mittermaier Jedem erlaubt ist, ein Kind, welches schon vier bis fünf und mehr Tage lebte, ohne anderes zu tödten, wenn nur der Arzt erklärt hat oder hinterher erklärt, es sei aus diesem oder jenem Grunde nicht lebensfähig gewesen.

Auch Mittermaier behandelt diese Frage in einer speziellen Untersuchung über den Kindsmord a. a. O. Aber er ist in seinen Schlüssen so konsequent, dass man nicht zweifeln kann, dass seine Antwort im gleichen Sinne ausfallen würde hinsichtlich gemeiner Tödtungen Neugeborener. Wozu führt dann diese Lehre? Zur Straflosigkeit und Begünstigung nicht nur vieler Kindsmorde, sondern auch einer nicht unbedeutenden Anzahl gewöhnlicher Verbrechen gegen das Leben Neugeborener, die zum grössten Theil aus den niedrigsten und gemeinsten Motiven entspringen.

Nichtsdestoweniger haben sich eine bedeutende Anzahl Schriftsteller der Meinung Feuerbach's und Mittermaier's angeschlossen. Die hauptsächlichsten führt Letzterer a. a. O. an, S. 317; ebenso sind die Gegner dieser Ansicht und die hervorragendern deutschen Gesetzgebungen mit Bezugnahme auf ihren Standpunkt in der Frage angegeben. Dies ist besonders der Fall bei Jordan a. a. O., Einleitung S. XVI—XIX. Nicht aufgeführt ist Heffter, der sowohl seiner allgemeinen Bedeutung als seiner Ansicht über das Vitalitätsrequisit wegen zitirt zu werden verdient. Er sagt in § 258 seines Lehrbuches des gemeinen deutschen Strafrechtes (1833), das Objekt des Kindsmords sei „ein ausserehelichtes, lebendes Kind mit den wesentlichen menschlichen Gliedmassen, welches auch, wie wenigstens in der Praxis vielfach angenommen ist, bereits die Fähigkeit zum Fortleben ausser der Mutter hatte". Seine Ansicht, die allerdings aus dem Angeführten kaum klar wird, erläutert er

Digitized by Google

in der hierhergehörigen Note, indem er den Zwiespalt zwischen Theorie und Praxis, welchen seine Ausdrucksweise andeutet, dadurch löst, dass er sagt, die Gewissheit des Selbstlebens sei bedingt von der Lebensfähigkeit. Versteht der Verfasser unter Selbstleben das von der Mutter getrennte, im juristischen Sinne selbstständige Leben, so ist damit das Erforderniss der Vitalität zwar nicht verneint, aber vollständig umgangen, indem es aufgestellt, aber dem Leben gleichgesetzt ist. Fasst man dieses Selbstleben im medizinischen Sinne als Leben mit Athmung auf, so wird in den meisten Fällen dasselbe zu sagen sein; für alle Fälle gilt dann, dass eine solche Unterscheidung zu zugespitzt und unpraktisch und sodann die Bezeichnung Vitalität nicht nur sehr unglücklich, sondern ganz falsch wäre: dann verlange man Leben und Athmung, also selbstständiges Leben im arzneiwissenschaftlichen Sinne, nicht aber Vitalität, die etwas ganz anderes ist.

Der Forderung der Lebensfähigkeit in diesem vollen Umfange, so dass ihr Mangel Strafausschliessungsgrund ist, trat schon Carpzov entgegen. Er bestritt nicht, dass der Vitalität Bedeutung zuzumessen sei, aber er beschränkt diese der frühern Praxis gegenüber insofern, als Mangel der Vitalität des Kindes die Anwendung einer härteren Strafe als der des Schwertes für Kindsmord ausschliessen sollte. Die ordentliche Strafe des Ertränkens wendete er nur an, wenn das getödtete Kind lebensfähig war. Auch sollte sich diese mildere Praxis auf den Kindsmord beschränken. Vgl. Carpzov: Practica nova imper. Sax. rerum crim. I, quaestio XI, No. 37—43. Zuerst entscheidet er (No. 37), dass unzeitige und unvollkommene Kinder, die also nicht lebensfähig sind, vor Angriffen auf ihr Leben sicher gestellt sind durch die lex Cornelia: wer solche Kinder tödtet, wird mit dem Schwert vom Leben zum Tode gerichtet. Sodann führt er (No. 38) einige Gründe an, die diese mildere Bestrafung der gewöhnlichen Kindsmordstrafe gegenüber rechtfertigen sollen, und da ist es namentlich der Satz, dass ein nicht lebens-

Digitized by Google

fähiges Kind so wie so dem Tode, nicht dem Leben angehöre, auf den der Verfasser sich stützt. Dennoch fällt es ihm nicht ein, die Bestrafung gegen die Straflosigkeit zu vertheidigen; denn es scheint ihm doch natürlich zu sein, dass derjenige zu bestrafen ist, der eines Kindes Leben vernichtet, auch wenn Vitalität nicht vorhanden war. Im Fernern bemerkt Carpzov (No. 39), dass die Karolina einen partus vitalis et quoad membra singula maturus ac perfectus verlange, und aus diesem gesetzlichen Grund müsse mildere Strafe eintreten, wo diesem Erforderniss nicht Genüge gethan sei. Die ordentliche Strafe finde Anwendung (No. 40), wenn das Kind erwiesenermassen lebensfähig war, ein partus maturus ac perfectus. No. 41—43 sind Schöffenurtheile; alle drei sprechen die Angeklagte schuldig und verurtheilen sie zum Tode durch das Schwert, weil Hebammen und andere unverdächtige Zeugen darthun, dass das Kind im ersten Falle zwei Wochen zu früh geboren worden; im zweiten dokumentirten die nicht ausgewachsenen Nägel und Haare und andere Kennzeichen die Unreife; im dritten war aus der Unvollkommenheit der Nägel zu schliessen, dass die Geburt sechs Wochen zu früh erfolgt sei. — Die Interpretation der Karolina schon zeigt, dass Carpzov, dem so oft Härte und beispiellose Strenge vorgeworfen wird, überall wo es möglich ist und sich mit dem Gesetze verträgt, die mildere Strafe anzuwenden sucht. Es ergiebt sich dies noch deutlicher aus den angeführten Urtheilen, wo bei uns, wollte man Vitalität fordern, dieselbe auch sicher überall würde angenommen werden müssen. Carpzov thut es nicht, indem er das Gesetz möglichst enge interpretirt.

Man hat dieser Ansicht den Vorwurf gemacht, sie sei nur eine vermittelnde, ausgleichende Willkür zwischen zwei sich entgegenstehenden Prinzipien. Savigny (S. 399, Anmerkung r) hat dies zurückgewiesen und gesagt, von einem Standpunkte aus sei sie gerechtfertigt. Wenn man nämlich das lebensunfähige Kind als taugliches Verbrechensobjekt betrachte und

Digitized by Google

nicht einem Todtgebornen gleich stelle, so komme man durch richtiges Unterscheiden zwischen Thatbestand und Willen endlich darauf, zu erforschen, ob der Delinquirende vom Vorhandensein oder Mangel der Vitalität Kenntniss hatte. War Lebensfähigkeit nicht vorhanden und wusste er es, so habe sein Wollen einen entschieden milderen Charakter, als wenn er wissentlich ein lebensfähiges Kind umbrachte. — Wie bestechend auf den ersten Blick diese Deduktion auch erscheinen mag, so lassen sich Gründe gegen sie anführen, wodurch meines Erachtens nicht nur sie selbst, sondern der ganze Standpunkt dieser mittlern Meinung als unhaltbar hingestellt wird.

Carpzov selbst hat diese Unterscheidung gar nicht gemacht. Er ging aus vom objektiven Thatbestand, ohne die subjektiven Momente zu betonen; ihm genügt zur Strafmilderung der Mangel der Vitalität, wie deren Vorhandensein die volle Strafe bedingte, ohne Rücksicht, ob der Verbrecher um den einen oder anderen dieser Umstände wusste oder nicht. — Sodann wird der Thäter in den seltensten Fällen sich die Kenntniss vom Mangel der Vitalität erwerben können, die zur mildern Beurtheilung seines Wollens erforderlich sein soll; denn nicht ihm steht das Urtheil über die Lebensfähigkeit zu, sondern dem Arzte, und dieser wird erst nach vollbrachter That dasselbe abzugeben haben. Endlich schreitet der Thäter doch nur in der Annahme, das Kind sei nicht lebensfähig, zur That, sonst wäre diese ja sinn- und zwecklos. Würde er ein lebensunfähiges Kind tödten, wenn er von diesem Umstand wüsste? Wozu, da es von selbst dem Tode verfällt? Mag ihm auch dieses oder jenes bekannt sein, eine Tödtung begeht er nur in der Voraussetzung, dass Lebensfähigkeit vorhanden sei und so geht denn auch sein Wille stets auf Tödtung eines vitalen Kindes.

Aber auch schon der Umstand ist entscheidend, dass der Natur der Sache nach der Wille gar nicht vorhanden sein muss, ein lebensfähiges Kind umzubringen, sondern dass es genügt,

Digitized by Google

wenn der Verbrecher das zur Zeit seiner Handlung noch vorhandene Leben vernichten will. Dass dieses Leben so wie so nicht mehr lange hätte fortgesetzt werden können, kann desshalb nicht Grund sein, den Willen des Thäters in milderem Lichte erscheinen zu lassen. Das Gesetz schützt das Leben des Kindes; wer dasselbe vernichtet, macht sich der Tödtung schuldig. Der Wille, das Leben zu zerstören, und der Eintritt dieses beabsichtigten Erfolges durch die verbrecherische Handlung genügt, die ganze Strenge des Gesetzes zur Anwendung kommen zu lassen, ohne Rücksicht auf Vitalität, weder betreff der Willens- noch der Thatseite.

Gefolgt sind dieser Ansicht von Carpzov unter Andern Püttmann, jus crimin. § 339 und das sächsische Strafgesetzbuch von 1838, das in Art. 126 bei mangelnder Vitalität die Strafe auf die Hälfte herabsetzt. Aehnlich Württemberg 1839 in § 249.

Doch ich glaube diese mittlere Meinung widerlegt zu haben. Uebrigens lassen sich gegen beide behandelten Ansichten noch diejenigen Gründe geltend machen, die im römisch-rechtlichen Theile angeführt wurden, namentlich dasjenige, was über die Unbestimmtheit des Vitalitätsbegriffes selbst und über die Unsicherheit der Beurtheilung der Lebensfähigkeit gesagt worden ist. Nur ist noch beizufügen, dass durch Beibehaltung dieses Requisites die Willkürlichkeit und Rechtsunsicherheit auf dem Gebiete des Strafrechts, wenn auch nicht grösser, so doch viel weittragender und verhängnissvoller sein würde als im Privatrechte; denn wenn es sich hier um materielle Güter, namentlich um Erbberechtigungen handelt, so steht dort das Leben selbst im Vordergrund, und es frägt sich, ob dieses erste, allgemeinste und höchste aller Rechtsgüter unter allen Umständen vor Angriffen gesichert sein solle, oder ob man zugeben will, dass es in gewissen Fällen gegen alle Eingriffe blosgestellt sei.

Aus den angeführten Gründen entscheide ich mich denn zur Annahme der dritten Ansicht, die auf Vitalität gesetzlich

Digitized by Google

keinerlei Rücksicht nimmt und vom Objekte des Kindsmords, wie von dem einer gemeinen Tödtung, nur verlangt, dass es gelebt habe. Auf diesem Standpunkte steht, mit Ausnahme der monstra, meines Erachtens auch die Karolina. Diese dritte Ansicht hat in neuester Zeit für das Strafrecht immer mehr und mehr Anhänger gefunden und ist heute unbedingt die herrschende. Sie entspricht am besten den Grundideen der Wissenschaft und ist allein geeignet, auch bei konsequenter Durchführung eine sichere und befriedigende Resultate hervorbringende Praxis zu schaffen. Den frühern Grundsatz, den Kindsmord mit einer sehr harten, mindestens mit der Schwertstrafe zu bedrohen, dafür aber in den Begriff des Verbrechens Erfordernisse aufzunehmen, welche die Anwendung der Strafe möglichst beschränken sollten, die aber in Wahrheit praktisch zu grosser Rechtsunsicherheit auf diesem Gebiete und damit zu den schreiendsten Ungerechtigkeiten, theoretisch zu unbegründeten Inkonsequenzen führten, hat man nun aufgegeben. An die Stelle harter Gesetze, die den allgemeinen Rechtsanschauungen widersprachen und desshalb, wenn immer möglich, umgangen wurden, ist fast überall eine Gesetzgebung getreten, welche den Eigenthümlichkeiten dieses Verbrechens in vollem Umfange gerecht geworden ist durch Herabsetzung der Strafe, die aber nur noch von solchen Erfordernissen abhängig ist, wie sie in Betreff des Verbrechenssubjektes in der Natur der Sache liegen, in Bezug auf das Verbrechensobjekt aber keine ungerechtfertigte Ausnahme, sondern eine folgerichtige Bestätigung der für die Tödtung überhaupt geltenden Grundsätze bilden. So hat man, statt wenige Fälle mit beispielloser Strenge, die meisten mit unverhältnissmässig grosser Milde zu ahnden oder sogar straffrei zu lassen, den besseren Mittelweg gefunden, möglichst alle hierher gehörenden Verbrechen zur Verantwortung zu ziehen, im Ganzen aber die Kindestödtung als privilegirte zu behandeln, in Rücksicht auf den physischen und psychischen Zustand der Verbrecherin.

Digitized by Google

Wenn sich früher der Kindsmord nicht allein durch subjektive Merkmale von der gemeinen Tödtung unterschied, sondern nach der Ansicht vieler Rechtsgelehrten und nach vielen Gesetzbüchern auch durch das objektive des Vitalitätserfordernisses, so ist heute diese letztere unhaltbare Unterscheidung verschwunden und nur die erstere in sich selbst begründete übrig geblieben.

Diese eben behandelte dritte Meinung, die gesetzlich die Vitalität unberücksichtigt lässt und ihren Mangel weder als Strafausschliessungs- noch als Strafmilderungsgrund anerkennt, hindert nicht, dass der Richter bei der Strafabmessung doch etwelche Rücksicht darauf nehme, ob hinsichtlich des Erfolges eine Strafminderung vielleicht gerechtfertigt sei, insofern er bei mangelnder Vitalität etwa das Strafminimum anwende. In dem Sinne aber, dass ein niedrigerer, wenn auch gesetzlich erlaubter Strafrahmen zur Strafbestimmung zu Hilfe zu nehmen sei, glaube ich nicht, dass fehlende Vitalität zu den sogen. „mildernden Umständen" gehöre. Sie darf nur innert dem ohne Rücksicht auf sie aufgestellten Strafmaximum und Strafminimum strafmindernd wirken und in Betracht kommen. Diese Befugniss kann und soll man dem Richter nicht nehmen; eine andere aber und weitergehende gestattet das Recht nicht.

So verschieden die Theorien der Lebensfähigkeit im Strafrechte sich gestalteten, so verschieden behandelten die einzelnen Partikularrechte und Gesetzgebungen, die seit 1751, wo die Dezentralisation des deutschen Strafrechtes begann, entstanden, die Frage, verschieden auch in zeitlicher Beziehung.

Während das preussische Landrecht von 1794 (II, 20, § 965, 968, 969) Vitalität zum Thatbestand des Kindsmordes schon nicht mehr forderte, wobei denn auch das Strafgesetz für die preussischen Staaten von 1851 blieb (§ 180), stellte Bayern in seinem Strafgesetzbuch von 1813 (Art. 157) für den Kindsmord das Vitalitätsrequisit auf, liess dasselbe aber im Gesetze von 1861 (Art. 231) wieder fallen. Sachsen hatte, wie

Digitized by Google

schon angemerkt wurde, 1838 Lebensfähigkeit zwar nicht prinzipiell gefordert, aber deren Mangel als Strafmilderungsgrund (bis auf die Hälfte) aufgestellt und im Jahre 1855 dies alles wieder gestrichen und nur Leben als Erforderniss verlangt. So ging es noch in anderen Staaten. Das östreichische Strafgesetzbuch von 1803 kennt das Erforderniss der Vitalität nicht. Ebensowenig ist sie erwähnt im noch in Kraft stehenden Gesetze von 1852 (§ 139). Hingegen bestimmte die dazu erlassene Strafprozessordnung von 1853 in § 90 wie folgt: „Bei Verdacht einer Kindstödtung ist nebst den nach den vorstehenden Vorschriften zu pflegenden Erhebungen auch zu erforschen, ob das Kind lebendig geboren und sein Leben ausserhalb der Mutter fortzusetzen fähig gewesen sei." Diese Bestimmung, welche auf eine weitere Berücksichtigung der Lebensunfähigkeit, als sie wie oben erklärt, strafmindernd wirken zu lassen, meines Erachtens nicht hinzielt, ist aber heute nicht mehr in Kraft.

Nach und nach kam man denn allgemein dazu, Vitalität überhaupt nicht mehr in Betracht zu ziehen, und zwar kann man bemerken, dass diese Neigung fast überall Hand in Hand geht mit der mildern Bestrafung des Kindsmords, ein Fingerzeig zugleich für die Entstehung jenes Erfordernisses. Aber nicht weniger verschieden als während dieser Entwicklung die Gesetze der deutschen Staaten waren, war die damalige Gerichtspraxis. Vgl. Kappler, Handbuch der Litt. des Krim. R. 1838, S. 621 ff. und Mittermaier's Ausgabe des Feuerbach'schen Lehrbuches des peinl. R. (14. Aufl. 1847) S. 391—404, besonders S. 495 ff., Note III. Aus der oben angeführten mittleren Meinung von Carpzov hat sich sogar eine vierte Ansicht gebildet, die die Tödtung lebensunfähiger Kinder als beendigten Versuch des Kindsmordes bestrafen will, als ob ein strafbarer Versuch an einem Objekte möglich wäre, welches Objekt des betreffenden Verbrechens nicht sein kann. Entweder Vitalität ist nicht nothwendiges Erforderniss und dann liegt Vollendung des Verbrechens, nicht blos Versuch vor; oder sie ist noth-

Digitized by Google

wendig, und dann ist eine strafbare Tödtung an einem lebensunfähigen Kinde nicht möglich, weil es absolut untaugliches Objekt ist. — Dennoch hat diese Ansicht einen gesetzlichen Ausdruck gefunden in Braunschweig, 1840, § 149. Da ein strafbarer Versuch nur möglich ist an einem durch die Rechtsordnung geschützten Objekte, so erscheint auch hier, trotz des innern Widerspruches des Gesetzes, das nicht vitale Kind gegen Angriffe auf sein Leben geschützt gewesen zu sein, und man erachtete Vitalität demnach nicht als zur Rechtsfähigkeit erforderlich.

Das neue deutsche Strafgesetzbuch hat auch in Bezug auf die Lebensfähigkeitsfrage einem unerquicklichen und verwickelten Rechtszustande ein Ende gemacht.

Digitized by Google

Dritter Theil.

Die neuesten Gesetzgebungen.

§ 9.

Es verlohnte sich nicht der Mühe, wollte man alle in der neuern Zeit, namentlich im rechtlich wie politisch zersplitterten Deutschland erlassenen Gesetzgebungen auf ihr Verhalten zur Vitalitätsfrage prüfen, selbst dann nicht, wenn man sich auch möglichst nur auf die wichtigern beschränkte. Die meisten haben je nach der Rechtstheorie ihrer Zeit die Nothwendigkeit des Vitalitätsrequisites bald verneint, bald bejaht. Gewohnheitsrecht oder Gerichtsgebrauch vermochten bei diesem Wechsel keine feste Praxis zu schaffen; denn es fehlte überall an sichern Anhaltspunkten, da Gesetzgebung und Jurisdiktion nicht weniger schwankend waren als die communis opinio doctorum.

Alle diese Gesetzgebungen, welche uns zwar zeigen, wie verschieden nach Zeit und Ort unsere Frage in der Praxis behandelt worden ist, theoretisch aber kein neues Material liefern und auch heute nicht mehr in Kraft sind, übergehe ich. Nachdem ich im Vorhergehenden zu beweisen versucht habe, dass Vitalität weder nach den Prinzipien des römischen und deutschen Privatrechtes, noch nach denen des Strafrechtes ein nothwendiges Erforderniss für den Beginn der Persönlichkeit ist noch sein kann, bleibt mir noch zu untersuchen übrig, wie die neuesten grössern Kodifikationen sich zu der behandelten Streitfrage stellen und wie diese in der heutigen Rechtspraxis ihnen gemäss gelöst zu werden pflegt.

Digitized by Google

A. Die Zivilgesetzgebungen. Von diesen betrachte ich:

I. Die dem deutschen Rechte angehörenden, mit Ausschluss der deutsch-schweizerischen kantonalen Privatrechte.

1) Der Codex Maximilianeus Bavaricus vom Jahre 1756 bestimmt I. 3 § 2, dass Neugeborene dann rechtsfähig seien, wenn sie „in menschlicher Gestalt lebendig zur Welt kommen." Das Gesetz verlangt also keine Vitalität; denn es kommt ihm nur darauf an, dass das Kind, welches kein monstrum sein darf, lebend geboren werde, also nach der vollständigen Trennung von der Mutter mindestens noch einen Augenblick lebe. Aber es geht noch weiter und stellt eine Lebensvermuthung auf, wenn „die Geburt vollkommen, von einer gesunden Mutter und zu rechter Zeit geschehen sei." Diese Bestimmung hat mit dem Vitalitätserforderniss an sich nichts zu thun; wenn man nicht aus dem „zu rechter Zeit" schliessen müsste, dass die Lebensvermuthung für lebensunfähige Kinder ausgeschlossen ist, so käme Vitalität überhaupt nicht in Betracht. Mir genügt es, gezeigt zu haben, dass sie kein Erforderniss zur Rechtsfähigkeit ist, sondern dass das Gesetz zur Vitalitätstheorie in einem interessanten Gegensatze steht: denn wenn man nach dieser zur Persönlichkeit den Beweis des Lebens und der Lebensfähigkeit verlangen muss, so liess man hier die letztere ganz ausser Acht und dieselbe rechte Zeit (justum tempus), welche sonst, Leben vorausgesetzt, den Beweis der Vitalität bildet, wurde jetzt sogar als genügend erachtet, eine Lebenspräsumtion zu begründen.

2) Das preussische Landrecht von 1794 verfügt (I. 1. § 12): „Bürgerliche Rechte, welche einem noch ungeborenen Kinde zukommen würden, wenn es zur Zeit der Empfängniss schon wirklich geboren wäre, bleiben demselben auf den Fall, dass es lebendig zur Welt kommt, vorbehalten." § 13: „Dass ein Kind lebendig zur Welt gekommen sei, ist in dieser Beziehung schon für ausgemittelt anzunehmen, wenn unverdächtige, bei der Geburt gegenwärtig gewesene Zeugen die Stimme desselben

Digitized by Google

deutlich vernommen haben." § 17: „Geburten ohne menschliche Form und Bildung haben auf Familien- und bürgerliche Rechte keinen Anspruch."

Auch dieses Gesetz stellt als einzige Erfordernisse der Rechtsfähigkeit Leben nach der Geburt und menschliche Form und Bildung auf. Der Lebensbeweis — eine Präsumtion des Lebens gibt es nach preussischem Landrecht nicht — ist vollständig frei und nicht von bestimmten Lebenszeichen abhängig. Der § 13 ist ganz überflüssig; denn er privilegirt den Beweis durch deutliches Hören der Stimme positiv nicht uud schliesst weder irgend einen andern Beweis noch den Gegenbeweis aus, dass das Kind zwar geschrien, aber nicht nach, sondern noch während der Geburt. Dem gesetzlichen Erfordernisse des Lebens ist erst dann ein Genüge geleistet, wenn das Kind lebend vollständig aus dem Mutterleibe herausgekommen ist, also ein im juristischen Sinne selbstständiges Leben führt. Dieses von der Mutter unabhängige Leben muss, durch welche Mittel es auch sei, bewiesen werden, genügt aber vollkommen zur Entstehung der Rechtsfähigkeit, nachdem die Wissenschaft die im Gesetze noch vorgesehene Möglichkeit eines monstrum nicht mehr anerkennt. — Vgl. Koch, Kommentar (1874); Förster, Theorie I § 19 (1865), sowie Dernburg, Lehrbuch des preuss. Privatrechtes I, § 41. S. 69 ff.

3) Das östreichische bürgerliche Gesetzbuch von 1811 sagt in § 16: „Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte und ist daher als eine Person zu betrachten." Nachdem ferner in § 22 bestimmt wird, Todtgeborene seien als nicht empfangen anzusehen, fährt § 23 fort: „Im zweifelhaften Falle, ob ein Kind lebendig oder todt geboren worden sei, wird das Erstere vermuthet. Wer das Gegentheil behauptet, muss es beweisen."

Auch hier keine Spur von einem Vitalitätsrequisite, wohl aber die merkwürdige Vermuthung für das Leben Neugeborener. C. G. v. Wächter sagt, das östreichische Gesetz sei das erste

Digitized by Google

deutsche Gesetz, welches eine Lebenspräsumtion aufstelle. Doch findet sich eine solche, wenn auch nicht so allgemein und unbeschränkt, schon im Codex Max. Bav., wie oben gezeigt worden. Was die Vitalität anbetrifft, hält Unger, der berühmte Interprete des östreichischen Gesetzbuches, dieselbe, wie es scheint, theoretisch zwar für nothwendig, anerkennt jedoch, dass sie nach dem Gesetze nicht verlangt werden dürfe. Vgl. sein System des österr. Privatrechtes I, § 26, S. 231 ff.

4) Der Entwurf zu einem bürgerlichen Gesetzbuch für Hessen, von 1845, stellte das Vitalitätserforderniss nicht auf; wie Wächter bemerkt, allerdings mit der schwachen Begründung, es sei allgemeine, feste Ansicht der Gelehrten, dieses Requisit zu verwerfen.

5) Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch von 1863/65 behandelt den Beginn der Persönlichkeit in den §§ 32 ff. Es spricht sich kurz dahin aus, dass die Rechtsfähigkeit eines Menschen mit seiner Geburt beginne, dass Todtgeborene als nicht empfangen zu betrachten seien, und dass im Zweifel, ob ein Kind lebendig oder todt geboren sei, das erstere vermuthet werde. Trotzdem diese Sätze im Gesetz einfach und klar niedergelegt sind, haben sich mehrere Kontroversen an dieselben geknüpft: Sintenis, Praktisches gemeines Zivilrecht I § 13 und Siebenhaar, Spezielle Motive, und Kommentar zum sächs. bürgerl. Gesetzbuch.

Ueber alle die Fragen hat sich Wächter in seinem fünften Programme ausführlich geäussert, und er kommt durch eine eben so klare als scharfsinnige Untersuchung zu folgenden Resultaten: Nach sächsischem Recht gilt:

a) Zur Rechtsfähigkeit ist nur nöthig: vollständige Trennung eines lebenden (nicht monströsen) Kindes von der Mutter.

b) Ein in, aber nicht nach der Geburt lebendes Kind war nie eine Person.

Digitized by Google

c) Vitalität wird zur Rechtsfähigkeit nicht erfordert, weder eigentliche noch uneigentliche. Auch das nicht lebensfähige Kind ist eine Person, sobald es nach der Geburt nur einen Augenblick lebte.

d) Im Zweifel ist anzunehmen, dass ein geborenes Kind gelebt habe, auch ein nicht lebensfähiges. Wer den Tod behauptet, muss ihn beweisen.

II. Die Gruppe des französischen Rechtes, mit Ausschluss der französisch-schweizerischen kantonalen Privatrechte.

1) Der Code civil (Napoléon) von 1804. Es kommen hauptsächlich in Betracht:

a) Art. 725: „Pour succéder il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. Ainsi sont incapables de succéder 1° Celui qui n'est pas encore conçu; 2° L'enfant qui n'est pas né viable; 3° Celui qui est mort civilement."

b) Art. 906: „Pour être capable de recevoir entre-vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. Néanmoins la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable."

Hier finden wir, im Gegensatz zu den Rechten germanischen Ursprungs, in der That Rücksicht auf die Lebensfähigkeit Neugeborener genommen. Denn wird einem Ungeborenen durch Testament oder Schenkung etwas zugewendet, oder fällt ihm eine Intestaterbschaft an, so treten in allen diesen Fällen rechtswirksame Folgen der genannten Thatsachen nur unter der Voraussetzung ein, dass das Kind lebend und lebensfähig geboren werde. Nur wenn ein lebensfähiges Kind zur Welt kommt, kann es solche ihm anerfallene Rechte erwerben, d. h. mit andern Worten: zum Erwerb von Rechten, zur Rechtsfähigkeit ist nach französischem Rechte Vitalität nöthig. Das zwar lebende, aber lebensunfähige Kind ist nicht rechtsfähig,

Digitized by Google

nicht Person: Es ist ausgeschlossen von allen zivilrechtlichen Verhältnissen und dem todtgeborenen Kinde gleichgestellt.

Fragt man aber nach dem Grund und Ursprung dieser Bestimmung, so wird man geneigt sein, ihn am ehesten in einem Missverständniss des römischen Rechtes zu vermuthen. Bluntschli sagt a. a. O. S. 29: „Diese Ansicht (von der Nothwendigkeit der Vitalität), welche sodann irrthümlich von manchen Juristen aus dem römischen Rechte begründet worden, ist auch in den Code civil übergegangen." Vgl. ferner: Code civil, motifs, rapports, opinions, discours, Bd. IV, S. 183 (ohne Namen des Autors). Unterstützt wird diese Meinung noch durch die Bestimmung in Art. 314 des Code civil, wo die Ehelichkeit eines Kindes von den römisch-rechtlichen Terminen der 180 (182) und 300 Tage abhängig gemacht und mit der Vitalität insofern in Verbindung gebracht ist, als der Vater die Unehelichkeit eines vor 180 Tagen nach Eingehung der Ehe geborenen Kindes dann nicht behaupten kann, „si l'enfant n'est pas déclaré viable." Wir haben hier also genau den Zusammenhang von Ehelichkeit und Vitalität eines Kindes, wie er nach römischem Rechte angenommen wurde. Dass die Bestimmungen der Art. 312—315 nicht nur in diesem speziellen Falle, sondern auch bei anderen ähnlichen Rechtsverhältnissen, die auf analoger Grundlage beruhen, angewendet werden sollen, wird vertheidigt in Dalloz, Recueil périodique, 1855 II, S. 40, Note 1 und 2, und das daselbst abgedruckte Urtheil des Tribunal civil de Bourgoin vom 15. Mai 1852 beweist, dass die Praxis sich an diesen Grundsatz hält. Vgl. ferner ebendaselbst, 1865 II, S. 129, Note 2 und das beigegebene Urtheil vom 24. Juli 1865 (Poitiers).

Um uns die Anwendung des Vitalitätsrequisites in Frankreich und den Ländern des französischen Rechtes klar zu machen, haben wir namentlich auf zwei Punkte unser Augenmerk zu richten. Ist viable im Code civil gleichbedeutend mit unserem lebensfähig? Wenn wir das Gesetzbuch und die

Digitized by Google

Rechtstheoretiker fragen, so dürfte die Antwort eine bejahende sein. Denn wie aus Art. 314 hervorgeht, nahm der Gesetzgeber, der alten Vitalitätslehre entsprechend, an, ein Kind sei lebensfähig, wenn es mindestens 180 Tage im Mutterleibe getragen worden sei. Den Begriff des Wortes viable selbst bestimmt Carnot in seinem Kommentar zum Code pénal (Napoléon) Bd. II, Art. 300, No. X, folgendermassen: „Tous les grammairiens s'accordent à définir l'enfant né viable celui qui est assez fort pour espérer qu'il vivra", und das ist heute wohl die herrschende, wenn auch nicht die einzige Ansicht über den Begriff dieses Wortes. Obschon die eben angegebene Bedeutung auch im Dictionnaire de l'Académie verfochten ist, mit dem Zusatz, dass ein vor dem 180. Tage geborenes Kind nicht viable sei, haben doch namentlich ältere Schriftsteller viable gleich vivant gesetzt. Demolombe sucht in seinem Cours de Code Napoléon, t. XIII (Traité des successions, t. I) p. 231 à 284 (No. 181) zu beweisen, dass die Gesetzgeber des Code das viable nicht im Sinne der ältern Doktrin gebrauchten, sondern wohl unterschieden zwischen Leben und Lebensfähigkeit. Die Gründe, die er dafür geltend macht, sind zwar nicht gerade durchschlagende (er beweist aus der Diskussion, aus dem gewöhnlichen allgemeinen Sinne des Wortes und aus der existence éphémère d'un enfant qui ne naît absolument que pour mourir), und auch seine Theorie des Lebendgeborenwerdens, die sich auf den Satz: Nicht geathmet haben heisst nicht gelebt haben, stützt (a. a. O. No. 178, 179), ist eben so wenig anziehend als die Beurtheilung der monstra nach dem Prinzip der Lebensfähigkeit (No. 182). Doch sei dem, wie ihm wolle, es genügt, dass die französische Praxis das viable und vivant zu trennen weiss. Ein Urtheil in Dalloz, Recueil périodique, 1855 II, S. 338, vom 14. März 1833, Cologne, scheint zwar durch die Worte: „un enfant ne peut être réputé né qu'autant qu'il est sorti vivant du sein de sa mère" alles Gewicht auf das vivant zu legen, und die Note 1 daselbst erklärt als nothwendig zum

Digitized by Google

Begriff vivant respiration complète, ohne Rücksicht auf vollständige Trennung von der Mutter, aber am Ende wird doch hervorgehoben, dass das Kind nicht blos né und vivant, sondern auch viable sein müsse.

Eine Unterscheidung zwischen Lebensunfähigkeit mangels Reife und organischer Fehler wegen, macht die französische Praxis nicht, nach Demolombe a. a. O. S. 232, 233, No. 181. So richtig und vernünftig dies ist, lässt sich doch in Anbetracht des Art. 314 wohl bezweifeln, ob es dem Sinne und Wortlaut des Gesetzes entspricht; denn im zitirten Artikel hat das viable nur insofern einen vernünftigen Sinn, als es auf die Reife des Kindes allein bezogen wird.

Wenn so die französische Rechtstheorie, auf Art. 314 des Code civil sich stützend und dem gemeinen römischen Rechte (in missverstandener Auslegung) folgend (vgl. Zachariae-Anschütz: Handbuch des franz. Zivilrechts, Bd. IV, S. 17 und Bd. I, S. 212), unter viable dasselbe versteht, was man in Deutschland unter lebensfähig versteht, so müssen sich, denkt man, in der französischen Praxis auch alle jene Unsicherheiten und Nachtheile zeigen, die dem Vitalitätserforderniss vorgeworfen worden sind. Dies scheint aber nicht der Fall und namentlich die Rechtsunsicherheit nicht so gross zu sein, wie sie dargestellt worden ist. Das hat jedoch seine besonderen Gründe. Der hauptsächlichste Grund, zugleich der zweite der oben erwähnten Punkte, ist der, dass das französische Recht eine Vitalitätsvermuthung aufstellt. Siehe Zachariae-Anschütz a. a. O. Cours de droit civil français par Rau et Aubry I, S. 180, namentlich Note 4. Es gründet dieselbe auf den Art. 314; sie lässt sich aus der Fassung desselben wohl rechtfertigen. Ob aber überhaupt, ob de lege ferenda, ist freilich eine andere Frage und meines Erachtens zu verneinen, wie auch eine Lebenspräsumtion für unzulässig erscheint.

Leben und Vitalität sind Erscheinungen, Thatsachen, welche, wenn auch nicht immer leicht, beweisfähig sind, da sie sich

Digitized by Google

menschlicher Beobachtung nicht entziehen. Wer ihr Vorhandensein behauptet, um Rechte darauf zu gründen, muss den Beweis seiner Behauptungen erbringen. Eine Vermuthung ist nur gerechtfertigt, wo ein streng juristischer Beweis nicht möglich ist, und nur dann, wenn alle Umstände übereinstimmend eine hohe Wahrscheinlichkeit ergeben. Bei einer Lebens- oder Vitalitätsvermuthung ist dies beides nicht der Fall. Denn so gut Leben oder Gelebthaben beobachtet und nachgewiesen werden kann, so wenig darf man für jede Geburt ein lebendes oder gar lebensfähiges Kind vermuthen. Wo man sich positive Sicherheit verschaffen kann, sollte man sich nicht auf blosse Vermuthungen stützen, und damit, dass man es hier nur mit praesumtiones juris und nicht mit praesumtiones juris et de jure zu thun hat, ist das Prinzip nicht gerettet, wohl aber der Prozessgegner schwer benachtheiligt, weil ihm die Last des Gegenbeweises aufgebürdet wird für Thatsachen, auf die ein Anderer gegen ihn seine Ansprüche gründet.

Durch die Vermuthung aber, dass ein lebend geborenes Kind assez fort pour espérer qu'il vivra, also viable sei, ist in der Praxis das Erforderniss der Lebensfähigkeit so ziemlich umgangen. Da die Vitalität gesetzlich mit Recht nicht definirt ist, weil dies Aufgabe der gerichtlichen Medizin ist, so hat natürlich in Fällen des Gegenbeweises der Vitalitätsvermuthung der Arzt zu entscheiden, ob das Kind né viable sei oder nicht. Mir scheint es aber, dass da, wo ein ärztliches Gutachten erforderlich ist, die Rechtsunsicherheit und Willkürlichkeit einen etwas geringern Spielraum haben, als wenn keine Präsumtion bestände. Denn da auch der Arzt von dieser ausgehen und sie durch bestimmte Befunde widerlegen muss, und da schon das Recht ein Mittel fand, in vielen Fällen durch die Vermuthung das Vitalitätsrequisit zu umgehen, wird der Sachverständige nur in den ganz sichern Fällen sein Gutachten im Sinne der Verneinung der Lebensfähigkeit abgeben.

So gelangt man denn durch die Vitalitätspräsumtion, die

Digitized by Google

zwar nicht ausdrücklich im Gesetze hervorgehoben, aber durch dasselbe begründet und von der Praxis festgehalten wird, dazu, dem Lebensfähigkeitserfordernisse den grössten Theil seiner Bedeutung zu rauben, mindestens dessen Anwendung sehr zu beschränken.

2) Das bürgerliche Gesetzbuch für das Grossherzogthum Baden (1809) enthält als Uebersetzung des Code civil dieselben Bestimmungen.

3) Fast nur und in den hier in Frage stehenden Partien ganz französisches Recht enthält der Codice civile del regno d'Italia. Der Art. 161 daselbst entspricht dem Art. 314 des Code Nap. und spricht denselben Grundsatz aus über die Anerkennung der Vaterschaft, wenn ein Kind vor dem 180. Tage nach Eingehung der Ehe geboren aber nicht für lebensfähig erklärt worden ist. Die Art. 724 und 764 bestimmen wie Art. 725 und 906 des Code Nap.: „Sono incapaci di succedere .... 2° Coloro che non sono nati vitali"; nur fügt Art. 724 ausdrücklich hinzu: „Nel dubbio se presumono vitali quelli di cui consta che sono nati vivi." — Besonderes ist hier nicht hervorzuheben: Es gilt das eben über das französische Gesetzbuch Gesagte. Vgl. auch Serafini, Pandekten § 25.

III. Das spanische Recht hat den Beginn der Rechtsfähigkeit und die dafür erforderlichen Requisite bestimmter angegeben und somit unsere Kontroverse, wenn auch nicht richtiger in Bezug auf die Vitalität, doch glücklicher in Hinsicht auf eine feste und sichere Praxis, entschieden. Lehr, Eléments de droit civil espagnol (1880) S. 17 sagt, dass nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für Spanien „ne sont pas considérés comme personnes ... 2° les enfants qui, bien que nés vivants, meurent dans les vingt-quatre heures."

IV. Auch das englische und russische Recht scheinen Lebensfähigkeit nicht zu fordern. Vgl. Lehr, Eléments de droit civil anglais (1885) S. 655: „En principe, toute personne née ou simplement conçue est capable de recevoir par testament",

Digitized by Google

und derselbe, Eléments de droit civil russe (1877) S. 398: „Toutefois l'enfant simplement conçu est assimilé à cet égard à l'enfant déjà né."

V. Die schweizerische Zivilgesetzgebung.

1. Kantonales Recht. In dem vortrefflichen neuen Werke: Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes (1886) Bd. 1 S. 100 heisst es hinsichtlich des Zeitpunktes, in dem die Rechtssubjektivität ihren Anfang nimmt, wörtlich: „Die Rechtsfähigkeit beginnt mit der natürlichen Persönlichkeit." So sagt Zürich in § 9 des P. G.: „Die Persönlichkeit (Rechtsfähigkeit) des Menschen beginnt mit seiner Geburt und endigt mit seinem Tode." Und in ähnlichen Ausdrücken noch eine Reihe anderer Gesetzbücher. Bern allein verfügt in C. G. Satz 9: „Die Persönlichkeit eines Menschen hebt in dem Zeitpunkt an, wo er lebendig und lebensfähig zur Welt kommt und währt bis zu seinem Tode."

Damit ist kurz so ziemlich alles gesagt, was über die Kantonalgesetzgebungen in Bezug auf das Vitalitätserforderniss gesagt werden kann. Nur wenig erlaube ich mir ergänzend hinzuzufügen. Das Angeführte stimmt vollkommen überein mit den betreffenden Gesetzesstellen der deutschen Kantone. Ja auch Tessin, das sich sonst an den Codice civile anlehnt, weiss von Lebensfähigkeit dennoch nichts und schliesst in Art. 323 von der Fähigkeit, durch Testament zu erwerben, nur aus „quelli che non sono nati vivi; nel dubbio se il figlio sia nato vivo o morto si presumerà nato vivo." Nach Art. 441 „sono quindi incapaci a succedere: Colui che non è ancora concepito; il fanciullo che non è nato vivo." Das vitale des italienischen Gesetzbuches ist hier ausdrücklich durch vivo ersetzt und an Stelle der Vitalitätspräsumtion tritt eine Lebensvermuthung.

Wie verhalten sich aber die französischen Kantonsgesetzgebungen zu der Vitalitätsfrage? Fordern sie nicht wie ihr Vorbild, der Code Nap., Lebensfähigkeit zur Rechtsfähigkeit, bez. zum Erwerb durch Schenkung, Testament oder Intestat-

Digitized by Google

erbfolge? Genf hat den Code Nap. angenommen wie er in Frankreich galt, ihn in manchen Theilen jedoch weiter gebildet. Die Art. 314, 725 und 906 sind unverändert beibehalten. Waadt hat die gleichen Bestimmungen in die Art. 114, 585 und 944 seines Code civil aufgenommen; Neuenburg spricht in Art. 218, 577 und 644 vom enfant né viable und Freiburg thut dasselbe in Art. 131 und 704. — Es ist also für den französischen Theil der Schweiz das Vitalitätsrequisit als nothwendig zur Persönlichkeit zu betrachten. Von den deutschen Kantonen gehört nur Bern hierher.

Nach ihrem zürcherischen Vorbilde kennt die bündnerische Zivilgesetzgebung das Erforderniss der Lebensfähigkeit nicht. Pr. R. § 4, § 5.

2) Die eidgenössische Gesetzgebung. Erwähnenswerth ist an dieser Stelle das Bundesgesetz über Zivilstand und Ehe vom 24. Dezember 1874. Art. 14 bestimmt: „Jede Geburt und jede nach dem sechsten Monat der Schwangerschaft erfolgte Fehlgeburt muss innert drei Tagen dem Zivilstandsbeamten des Kreises, in welchem sie stattgefunden hat, mündlich angezeigt werden."

Wie ist hier das Wort Fehlgeburt zu verstehen? Soll dieser Begriff nach dem Sinne des Gesetzes nur Todtgeborene oder auch lebende lebensunfähige Kinder umfassen? Mit andern Worten: Lag es im Sinne des Gesetzgebers, dass ein nach dem sechsten Monat der Schwangerschaft todtgeborenes Kind in das Geburtsregister eingetragen werde, dass man aber von einem vor dem siebenten Monat lebend geborenen keinerlei Notiz nehme? Ich glaube, dass das Gesetz solches nicht gewollt habe und halte dafür, unter Fehlgeburt sei hier nur eine Todtgeburt zu verstehen, in keinem Falle aber ein lebend, wenn auch noch so früh geborenes Kind. Darnach sind in's Geburtsregister einzutragen: a) alle lebend Geborenen, b) alle diejenigen Todtgeborenen, welche mindestens sechs volle Monate im Mutterleibe gewesen sind. Wollte das Gesetz unter

Digitized by Google

„Fehlgeburt“ nicht einfach Todtgeburt verstanden wissen, so frägt es sich, in welchem Sinne es eine Unterscheidung macht zwischen Fehlgeburten vor und nach dem sechsten Monat? Etwa Vitalität? Kann man ein lebendes Kind, das so weit entwickelt ist, um sein Leben ausser dem Mutterleibe fortsetzen zu können, das länger als sechs Monate getragen worden, eine Fehlgeburt nennen? Soll Fehlgeburt der Vitalitätstheorie gemäss nicht gerade das zu wenig entwickelte und desshalb lebensunfähige Kind bezeichnen? Was ist eine Fehlgeburt nach dem sechsten Monat, wenn es sich um lebende Kinder handelt? Es dürfte schwer sein, auf diese Frage eine genügende Antwort zu geben.

Um so einfacher gestaltet sich die Sache, wenn man durch das Wort Fehlgeburt alle lebend zur Welt gekommenen Kinder ausgeschlossen hat und diesen Begriff nur auf Todtgeborene sich erstrecken lässt. Und auch über die Gründe der Bestimmung wird man sich alsdann klar, ohne lange zu zweifeln; denn bei dieser Interpretation wird die Anwendung des Gesetzes auf die Praxis ebenso einleuchtend und verständlich, als sie sonst dunkel und verwirrend ist. Wie ich früher an Hand des Casper-Liman'schen Lehrbuches der gerichtlichen Medizin gezeigt habe, reift das Kind bis zum siebenten Monat soweit heran, dass alle Körpertheile ziemlich entwickelt und in Form und Bildung dem richtigen Verhältniss entsprechend ausgewachsen sind. Die äussern Zeichen der Reife sind vorhanden. Die Römer nannten ein solches Kind partus perfectus, im Gegensatz zum partus imperfectus, der noch nicht alle oder keine Reifezeichen hat, welche die charakteristischen Merkmale einer mindestens im siebenten Monat stehenden Frucht sind. — Dieser Gesichtspunkt hat auch in der uns vorliegenden Bestimmung den Gesetzgeber geleitet, und seine Absicht gieng nicht dahin, lebend geborene Kinder desshalb nicht eintragen zu lassen, weil sie etwa noch im sechsten statt nach dem sechsten Monat zur Welt gekommen, Todtgeborene aber dess-

Digitized by Google

halb einzuschreiben, weil sie, wenn auch todt, nach dem sechsten Monat geboren worden. Fehlgeburt ist hier gleich Todtgeburt; ein lebendes Kind ist einzutragen, weil es lebte, ohne Rücksicht auf Vitalität oder Fruchtalter; ein todtes wird nur eingeschrieben, wenn es die allgemeinen Zeichen der Reife an sich trägt, mit andern Worten: wenn es mindestens sechs Monate im Mutterleibe war.

Der einzige Grund, der gegen diese Auffassung spricht, ist das Wort „Fehlgeburt", das sonst doch wohl etwas anderes bedeutet als „Todtgeburt". Aber dieser Redaktionsfehler, diese Ungenauigkeit des Ausdruckes ist doch annehmbarer als eine Bedeutung, die so manche Widersprüche ergäbe.

In diesem Sinne spricht sich auch das Handbuch für schweizerische Zivilstandsbeamte aus, S. 229 No. 68: „Kinder, welche todtgeboren oder vor der Geburtsanzeige verstorben sind, müssen nicht blos in's Todtenregister, sondern auch in's Geburtsregister eingetragen werden, jedoch ohne Vornamen. Immerhin sind in die Register die vor der Geburt verstorbenen Kinder nur insofern einzutragen, als die Geburt nach dem sechsten Monat der Schwangerschaft erfolgt ist ... Todtgeboren sind diejenigen Kinder, welche vor oder während der Geburt verstorben sind, während dasjenige Kind lebendgeboren ist, welches nach seiner vollständigen Trennung von der Mutter geathmet hat." Ebenso S. 259 No. 95 und S. 30 No. 11.

Nicht richtig scheint mir in der eben angeführten Stelle die Athmung als Requisit für das Leben gefordert. Vgl. darüber Ziegler a. a. O.

B. Die Strafgesetzgebungen.

I. Aus der deutschen Gruppe, mit Ausschluss der Strafgesetzbücher der deutschen Schweizerkantone sind zu erwähnen:

1) Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich vom 15. Mai 1871. Dasselbe bestimmt in § 217: „Eine Mutter, welche ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt vorsätzlich tödtet, wird mit Zuchthaus nicht unter drei Jahren bestraft.

Digitized by Google

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnissstrafe nicht unter zwei Jahren ein", und die §§ 211 und 212 über Mord und Todtschlag beginnen gleichlautend: „Wer vorsätzlich einen Menschen tödtet . . . ."

Alle drei Stellen sprechen von der Tödtung. Diese setzt, wie wir gesehen, lebende Objekte voraus, fordert aber weder begrifflich noch gesetzlich lebensfähige. Es ist gleichgültig, durch welche Zeichen Leben bewiesen werde; ob solches wirklich vorhanden war, wird in zweifelhaften Fällen der Arzt zu entscheiden haben. Wenn es möglich ist, Leben Neugeborener ohne Athmung nachzuweisen (und darauf stützt sich der Ausspruch, dass nicht geathmet haben noch nicht nicht gelebt haben heisst) so ist auch die Ansicht unrichtig, dass Leben und Athmen in foro identisch sei. Vgl. Oppenhoff's und Schwarze's Kommentare zum Reichsstrafgesetzbuch.

Dass Lebensfähigkeit des Kindes zum objektiven Thatbestand der Tödtung desselben in keinem Falle nothwendig ist, wird heute mit Recht übereinstimmend angenommen (Binding; Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, S. 457 und 470; Liszt a. a. O. S. 292, 293, 299; Hälschner, das gemeine deutsche Strafr. II, S. 21 und 61, u. A. m.). Ob aber Mangel der Vitalität einen Einfluss auf die Strafabmessung in der Weise habe, dass er als mildernd, nicht blos mindernd in Betracht komme, ist bestritten. Mir scheint, Schwarze wolle ihn als mildernden Umstand beim Kindsmord mindestens gelten lassen, wenn er sagt: „Unfähigkeit zur Fortsetzung des Lebens ist ein Milderungsgrund bei Abmessung der Strafe, aber ohne Einfluss auf den Thatbestand". Hälschner a. a. O. spricht sich sehr entschieden gegen jede derartige Berücksichtigung der Lebensunfähigkeit aus. Ebenso Oppenhoff in seinem Kommentar.

Ohne Einfluss auf die Vitalitätsfrage ist die Interpretation des Wortes „in" der Geburt und die hieraus entspringende Abgränzung des Tödtungsverbrechens Neugeborener und des Abtreibungsverbrechens. Aus Opportunitätsrücksichten kann man

Digitized by Google

sich einverstanden erklären mit der Entscheidung des Reichsgerichtes (Strafsachen Bd. I, S. 449), dass in der Geburt begriffen dasjenige Kind sei, welches zum Theil den Schoss der Mutter verlassen habe. Aber entschieden zu weit geht die Entscheidung in Bd. IX, S. 132, die vom Beginne der Geburt im Sinne des Gesetzes schon dann spricht, wenn die ersten naturgemässen Ausstossungsversuche eingetreten sind, um die Frucht nach aussen zu treiben. Danach soll also Tödtung einer Frucht im Mutterleibe, aber nach Eintreten der ersten Mutterwehen unter § 217 fallen! ganz entgegen dem Wortlaut des § 218.

Dass das Reichsgericht Vitalität nicht für nothwendig hält, ist ausgesprochen in einem Urtheil vom 21. Oktober 1880, Entscheidungen, Bd. II, S. 404.

2. Das östreichische Strafgesetzbuch von 1852 sagt in § 139: „Gegen eine Mutter, die ihr Kind bei der Geburt tödtet oder durch absichtliche Unterlassung des bei der Geburt nöthigen Beistandes umkommen lässt, ist, wenn der Mord an einem ehelichen Kinde geschehen, lebenslanger schwerer Kerker zu verhängen. War das Kind unehelich, so hat im Falle der Tödtung 10—20 jährige, wenn aber das Kind durch Unterlassung des nöthigen Beistandes umkam, 5—10 jährige schwere Kerkerstrafe statt."

Die früher erwähnte dazu gehörige Bestimmung des § 90 der Strafprozessordnung ist in der neuen Strafprozessordnung vom 23. Mai 1873 nicht mehr aufgenommen (vergl. daselbst § 130), soweit sie auf Lebensfähigkeit Bezug hatte, wie Meier, Entstehungsgeschichte der Strafprozessordnung § 130 sagt, nicht desswegen, weil man vom Prinzipe der Berücksichtigung der Lebensunfähigkeit abgekommen wäre, sondern damit man daraus nicht schliessen könne, Tödtung eines lebensunfähigen Kindes sei straflos. Mangel der Vitalität sei nach wie vor bei der Strafbemessung zu berücksichtigen. Dabei kann nach östreichischem Rechte nur von Strafminderung die Rede sein;

Digitized by Google

denn ein niedrigerer und milderer Strafrahmen ist für sog. „mildernde Umstände“ nicht vorgesehen. — Dieser Auffassung widerspricht nicht die Ausführung Janka's in seinem Östreichischen Strafrecht (1884) § 100, S. 211: „Gegenstand des Mordes ist der lebende Mensch . . . ohne Rücksicht auf Lebensfähigkeit (Mord ist auch an dem Sterbenden, an dem lebensunfähig geborenen Kinde möglich).“ — „Kindsmord ist die von der eigenen Mutter an dem nach österreichischem Rechte gleichviel ob unehelichen oder ehelichen (nach den meisten anderen Gesetzbüchern nur an dem unehelichen) Kinde bei der Geburt oder kurz nach derselben verübte absichtliche Tödtung.“ Diese Definitionen lassen beide Lebensunfähigkeit als Minderungsgrund zu, fordern aber Vitalität nicht als nothwendiges Requisit. Diese dargelegte Ansicht Meiers ist nach östreichischem Rechte die richtige und meines Erachtens de lege ferenda allen andern vorzuziehen, wenn man nicht, wie Hälschner, der Lebensunfähigkeit allen und jeden Einfluss absprechen will.

II. Die französische Gruppe.

1. Der Code pénal für Frankreich sagt in Art. 300: „Est qualifié infanticide le meurtre d'un enfant nouveau-né“. Das Gesetz fordert also Lebensfähigkeit nicht als Requisit für den Thatbestand, sondern nur ein enfant nouveau-né. Wenn dennoch Carnot in seinem Kommentar als die drei Erfordernisse zum Kindsmord aufstellt: 1) enfant né viable; 2) la mort donnée volontairement; 3) enfant nouveau-né, und das viable, wie schon angemerkt wurde, im Sinne von unserem lebensfähig versteht, so ergibt sich doch aus seiner Ausführung, dass er unwillkürlich für das Strafrecht viable gleich vivant annimmt. Er begründet nämlich das von ihm ins Gesetz hineingetragene Erforderniss folgendermassen: „Trois circonstances doivent nécessairement concourir pour constituer le crime d'infanticide; la première que l'enfant soit viable; sic. jud. les 21 janvier, 30 juin 1808: attendu qu'il ne peut y avoir homicide que d'une personne vivante“. . . . Ebendaselbst (No. X) sagt Carnot:

Digitized by Google

... et lorsque l'on n'a que de semblables données, comment pourrait-on être assuré que l'enfant serait né viable? Comment pourrait-on avoir celle que l'enfant, même né viable, aurait pu donner l'espoir de survivre quelques heures seulement à sa naissance?" So fasst denn der Verfasser das Wort viable, welches übrigens nicht im Gesetze steht, selbst in einer Bedeutung auf, die mit unserm lebensfähig nichts zu thun hat.

Dalloz, Répertoire a. a. O. kämpft auch gegen das Erforderniss und zeigt, dass es im Strafrechte unhaltbar sei und vom Code pénal nicht aufgestellt werde.

2. Der Codice penale für Sardinien von 1859 definirt den Kindsmord in Art. 525: L'omicidio volontario di un infante di recente nato è qualificato infanticidio". Art. 532: „La pena dell'infanticidio potrà essere diminuto da uno a tre gradi riguardo alla madre che lo abbia commesso sulla prole illegittima." (Art. 531 droht für den infanticidio Todesstrafe an). Von Vitalität ist nicht die Rede; das Gesetz kennt sie nicht. Anders verhält es sich mit dem 1853 entstandenen Codice penale Toscano, Art. 317—320. Es heisst daselbst in Art. 319: „Se la prole, cui fu cagionata la morte, non era vitale, l'infanticidio doloso si punisce colla carcere da sei mesi a due anni." Unrichtigerweise ist hier Lebensunfähigkeit gesetzlicher Milderungsgrund und zwar in sehr weitgehendem Masse.

III. Die kantonalen Strafgesetzgebungen der Schweizerkantone. Es bedarf nicht vieler Worte, um die Stellung der 22 in der Schweiz in Kraft stehenden Strafgesetzbücher zum Vitalitätsrequisite zu behandeln; denn von allen sind es nur vier, welche auf dasselbe in der Weise Rücksicht nehmen, dass sie zwar Lebensfähigkeit nicht als nothwendiges Erforderniss zum Thatbestande der Kindsmordes — denn nur bei diesem soll sie überhaupt in Betracht kommen — aufstellen, aber Lebensunfähigkeit als Strafmilderungsgrund in weitgehendem Masse anerkennen, indem für den Fall, dass dieselbe

Digitized by Google

konstatirt ist, die Strafe innerhalb eines viel niedrigeren Rahmens zu bemessen ist.

Dieser Standpunkt ist schon oben näher betrachtet worden, und so halte ich es für das Gerathenste, die betreffenden gesetzlichen Bestimmungen ohne weitere Bemerkungen wörtlich wiederzugeben.

Einleitend führe ich, wenn auch nicht als hierhergehörig, das zürcherische Strafgesetzbuch von 1871 an; dort heisst es in § 131: „Eine Mutter, welche ihr uneheliches Kind während der Geburt oder noch in dem mit dem Geburtsakte verbundenen Zustande der Erregung vorsätzlich, sei es durch Handlungen oder Unterlassungen tödtet, ist wegen Kindsmordes mit Zuchthaus von zwei bis zu zehn Jahren zu bestrafen." Dazu sagt die Anmerkung 3 (Benz, das Strafgesetzbuch für den Kanton Zürich, 2. Aufl. v. Dr. Zürcher, 1886): „Die Lebensfähigkeit des Kindes gehört nicht zum Thatbestande der Tödtung. An einem Todkranken kann ein Mord begangen werden, warum sollte nicht an einem Kinde, das lebt, und bei dem es nur wie bei dem Todkranken, ungewiss ist, ob man ihm das Leben erhalten kann, nicht ein Mord begangen werden können? Ein solcher Zustand des Kindes muss indessen erheblich mildernd auf die Strafzumessung einwirken."

1. Das Strafgesetzbuch für den Kanton Graubünden von 1851 bestimmt in § 102:

„Eine Mutter, welche ihr uneheliches Kind während der Geburt oder in den ersten 24 Stunden nach derselben vorsätzlich, durch Handlungen oder Unterlassungen, tödtet, soll, nach Massgabe der Umstände, und namentlich je nach dem der Entschluss hiezu schon vor der Geburt, was erschwerend wäre, oder aber erst während oder nach derselben gefasst worden, und mit Rücksichtnahme auf erwiesene Lebensunfähigkeit des Kindes und die von der Mutter hievon gehabte Kenntniss, mit fünf bis zwanzig Jahren, und im Wiederholungsfalle bis auf fünfundzwanzig Jahre, Zuchthaus bestraft werden. Ist aber

Digitized by Google

die Mutter schon einmal wegen des gleichen Verbrechens bestraft worden, so kann die Strafe bis auf lebenslängliches Zuchthaus ausgedehnt werden."

2. Schaffhausen sagt in seinem Strafgesetzbuch von 1859, nachdem § 151 für Tödtung eines unehelichen Kindes, die vorsätzlich, während der Geburt oder innert 24 Stunden nach derselben begangen worden, Zuchthausstrafe nicht unter 6 Jahren, wenn der Entschluss vor der Geburt gefasst wurde, in anderen Fällen Zuchthaus bis zu 15 Jahren angedroht, in § 152 (mangelhafter Thatbestand): „Ergiebt es sich, dass das lebend geborene Kind nicht fähig war, das Leben ausser Mutterleib fortzusetzen, oder . . . . . ist Zuchthausstrafe bis 10 Jahre zu erkennen."

3. Im Thurgauischen Strafgesetzbuch von 1868 ist in § 65 zum Kindsmorde bemerkt: „Bei Ausmittelung der Strafe ist wesentlich darauf Rücksicht zu nehmen, ob das getödtete Kind lebensfähig war oder nicht, ob der Entschluss zum Morde etc. . . .", und ähnlich bestimmt

4. St. Gallen, Strafgesetzbuch von 1885/86 Art. 134: „Wenn jedoch das Kind nicht lebensfähig gewesen ist, oder wenn . . . . . , so ist auf Zuchthaus nicht über fünf Jahre oder auf Arbeitshaus zu erkennen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google